Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 7, 1905.

Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. v. Kübel

und

Dr. E. G. C. Sarwey.

Zwölfter Band.

Stuttgart, 1869.

Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.

In Kommission bei **H. Lindemann.**

Digitized by Google

Rec. March 7, 1905

Digitized by Google

Inhaltsübersicht

des zwölften Bandes.

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Seite

1) Die Anerkennungsklagen der neuen württemb. Civilprozeßordnung. Von Kübel 1
2) Bemerkungen zu einigen Artikeln neuerer württemb. Gesetze. Von Hrn. Prof. Dr. Mandry in Tübingen.
Das Gesetz vom 30. Juni 1865 in Betreff der Herabsetzung des Alters der Volljährigkeit . . . 20
3) Die Zahlung einer verzinslichen Geldschuld vor der Verfallzeit. Von Hrn. O.-J.-Prokurator Dr. Gmelin in Tübingen 52
4) Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatz. Von Kübel 57
5) Gesellschafts- oder Gehilfenvertrag? Kündigung wegen angeblichen Unfleißes. Ein Rechtsfall mitgetheilt von Hrn. Obertribunalrath Hörner 78
6) Die Besetzung der Civilkammern der Kreisgerichtshöfe und des Obertribunals bei Verhandlung und Entscheidung von Handelsstreitsachen, welche vor dem 1. Febr. d. J. bei dem Civilsenate eines Kreisgerichtshofes oder des Obertribunals anhängig geworden sind. Von Kübel 83
7) Von der Theilbarkeit der Häuser nach Stockwerken und Gelassen. Von Herrn Obertribunalrath v. Krauß 329
8) Erörterung der Frage, inwieweit einzelne Bestimmungen des Gesetzes vom 26. Dezbr. 1861, betreffend die Gewährleistung bei einigen Arten von Hausthieren durch die Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 abgeändert oder aufgehoben sind. Von Herrn Justizassessor Baur in Stuttgart 364

II. Gesetzgebung.

Zur Genossenschaftsgesetzgebung mit besonderer Bezugnahme auf die Schrift von Schulze-Delitzsch, die Gesetzgebung über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften. Von Dr. Sarwey 107

Digitized by Google

III. Fragmente.

Seite

1) Aus dem Oberhandelsgericht und dem Handelsgericht Stuttgart. Von Herrn Obertribunalrath Hörner . . 145

A. Wechselrecht.

Wechselunfähigkeit der Hauskinder; Einfluß der Volljährigkeit 145

Bezeichnung des Remittenten; Hinzufügung eines unrichtigen Titels 149

Giltigkeit eines nicht auf Ordre gestellten Wechsels . . 150

Bezeichnung der Verfallzeit; fehlende Jahreszahl . . . 151

Die Bezeichnung der Verfallzeit „Pr 6 ets“ ist als eine genügend bestimmte zu betrachten 155

Ungiltiges Blankoindossament auf der Vorderseite des Wechsels; nachträgliche Ausfüllung durch den Indossanten 157

Der Aussteller des an die Ordre eines Dritten gezogenen Wechsels ist als solcher zur Wechselklage gegen den Akzeptanten nicht legitimirt 161

Der gerichtlichen Klage auf Sicherstellung hat eine außergerichtliche Aufforderung hiezu vorauszugehen, wenn der Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten begründet sein soll 163

Bei mehreren Wechselverpflichteten, die nicht alle für die ganze Summe haften, ist die Klage auf Sicherstellung nur bezüglich des unsicher gewordenen Theiles der Wechselsumme begründet 164

Erhebung des Sicherheitsprotestes im Falle der Konkurseröffnung gegen den Nachlaß des Wechselschuldners in dessen früherer Wohnung 166

Der Umstand, daß ein Wechsel sich bei Untersuchungsakten als Beweisstück befindet, hindert die Wechsel-Exekution nicht 167

Feststellung der Verfallzeit eines domizilirten Sichtwechsels 172

Klagerecht des Wechselbürgen, der den Wechsel eingelöst und solchen hat auf sich indossiren lassen 176

Klage gegen einen Wechselbürgen auf Grund eines auf eine Wechselabschrift gesetzten Original-Indossaments, wenn das Gericht die Herausgabe des bei früheren Akten liegenden Originalwechsels verweigert . . . 179

Korrekturen und Rasuren auf Wechseln sind nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen . 183

Digitized by Google

Seite

Der Wechselschuldner ist nicht verpflichtet, dem Wechselgläubiger die Wechselsumme zu übersenden oder zu überbringen; Folge für die Verbindlichkeit zur Zinszahlung 184

Ein eigener Wechsel wird nicht ungiltig, wenn der Unterschrift des Ausstellers das Wort „angenommen" beigefügt ist 186

Die Zusage, auf sich abgeben zu lassen, enthält von selbst schon die Zusage, die abzugebende Tratte zu akzeptiren 187

Einrede der Kompensation gegen eine Wechselforderung; Zusammentreffen mehrerer zur Kompensation geeigneter Forderungen in derselben Person; Eideszuschiebung 188

Die Uebergabe des Betrages eines eingeklagten Wechsels an die Exekutionsbehörde befreit den Schuldner nicht von seiner Verbindlichkeit, wenn die übergebene Summe abhanden kommt, ehe sie in die Hände des Gläubigers gelangt 192

Zahlung einer Waarenschuld durch Ueberlassung einer Rimesse; Schadenersatzforderung, wenn durch unterlassene Protesterhebung der Wechselregreß verloren gegangen ist 194

B. Handelsrecht.

Beweislast eines Kopierbuches 409

Vorlegung der Handelsbücher 410

Schadenersatzklage gegen einen Geschäftsagenten wegen nicht erfüllten Vertrages 410

Aufhebung des Dienstverhältnisses eines Handlungsgehilfen wegen Mißbrauchs des Vertrauens. Erhebliche Zeit unterlassener Dienstleistung 415

Vorzeitige Entlassung eines Handlungsreisenden wegen für Rechnung eines Dritten gemachter Handelsgeschäfte 417

Ein Handlungsreisender ist, so lange er sich nicht auf der Reise befindet, nicht verpflichtet, andere als Komptoirarbeiten zu versehen 418

Handelsgesellschaft. Die einem Gesellschafter für seine Thätigkeit ausgesetzte jährliche Belohnung ist nicht als Salair zu betrachten 420

Der Dienstvertrag zwischen einer Maschinenfabrik und einem Ingenieur ist Handelssache 422

Kaufmännische Abrechnung; rechtliche Natur derselben; Beweislast 423

Digitized by Google

Seite

Stillschweigen zu einer Offerte; stillschweigendes Zurückbehalten unbestellt zugesandter Waaren 426

Abschluß eines Handelsgeschäftes unter Abwesenden; Widerruf eines Antrags durch den Telegraphen . . . 429

Eigenthumsübergang bei von einem Ort zum andern versandten Waaren 433

Anspruch auf Bezahlung einer theilweisen Lieferung; Einrede des nicht vollständig erfüllten Vertrages; Abschlagszahlungen für theilweise Lieferungen . . 437

Kauf auf bestimmtes Maß oder Gewicht; Zurückbleiben desselben hinter dem Voranschlag 438

Beweislast bei vertragswidriger Beschaffenheit gekaufter Waare im Falle erfolgter Disposition über dieselbe . 439

Rechtliche Stellung des Depositärs; derselbe darf seinen Bestellern keine andern Fabrikate liefern als aus der Fabrik dessen, aus dem er ein Depot zu haben behauptet 439

Klage auf Preisminderung 440

Ein Abmangel an dem fakturirten Ellenbetrag von nach dem Stück zu liefernden Ellenwaaren berechtigt nicht zur Dispositionsstellung 441

Platzgeschäft; Begriff desselben 442

Geheime Mängel einer Waare 443

Einkaufskommission; Propre-Geschäft. Verkauf im Falle des Verzuges des Käufers in der Uebernahme bestellter Werthpapiere 443

Von dem säumigen Verkäufer kann neben der Preisdifferenz der Ersatz weiteren Schadens nur im Falle seiner Unvermeidlichkeit verlangt werden 446

Verkauf eines Handelsgeschäftes 447

Begriff eines gangbaren Handelsgeschäftes 448

2) Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen. Mit Bemerkungen. Von Kübel.

A. Civilrecht.

Ablösbarkeit der Schafübertriebsrechte; Begriff der letzteren 200

Ablösbarkeit der Schafübertriebsrechte; Ablösung durch die Gemeinde 206

Realdienstbarkeit zu Gunsten eines Gewerbebetriebes ohne herrschendes Grundstück 210

Digitized by Google

Seite

Der Eintritt eines Pfandgläubigers an die Stelle eines andern auf dieselbe Sache versicherten Gläubigers setzt die vollständige Befriedigung des Gläubigers voraus 211

Pfandrecht; dessen Erlöschung durch Zahlung. Künstlicher Beweis der Zahlung 213

Bedingung; fingirter Eintritt derselben im Falle der Verhinderung des Eintritts durch den bedingt Verpflichteten 215

Guter Glaube bei Unentschuldbarkeit des Irrthums . . 218

Nichterfüllung einer Verbindlichkeit wegen Insolvenz eines Schuldners 219

Zahlung unverzinslicher oder unter dem landläufigen Zinsfuß verzinslicher Forderungen vor der Verfallzeit im Gante des Schuldners; Abzug von Zwischenzinsen 219

Kompensation; Erforderniß einer von dem Schuldner dem Gläubiger gemachten Erklärung 223

Befreit der von einem Gesammtschuldner geschlossene Nachlaßvertrag auch die übrigen Gesammtschuldner? 224

Schuldverjährung; Erlöschung eines Anspruchs auf wiederkehrende, nicht von einer Hauptforderung abhängende Leistungen 227

Die kurze Verjährung findet auf Forderungen für die Verpflegung einer in die Familie aufgenommenen Person keine Anwendung 232

Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung der Vertragsgegenstände in der Vertragsurkunde 235

Liegenschaftsgesetz findet auf die reale Theilung gemeinschaftlichen Eigenthums, da dieß nicht unter den Begriff eines Tauschvertrages fällt, keine Anwendung . 236

Liegenschaftsgesetz; Begriff der unter dasselbe fallenden Nebenberedungen 238

Bürgschaft für eine künftige Schuld; Kündigungsbefugniß 240

Mäklerlohn; Voraussetzungen für den Anspruch auf solchen 242

Bedeutung der für die Ablösbarkeit von Leistungen für öffentliche Zwecke aufgestellten Voraussetzung der Verknüpfung der Leistung mit einem Vermögensbesitz; Anwendung auf die Leistung einer Holzabgabe seiten einer Gemeinde zur Pfarrbesoldung 243

Digitized by Google

Seite

Der Besitz von kirchlichem Vermögen begründet für sich nicht die Verbindlichkeit, sämmtliche Kultbedürfnisse der betreffenden Kirche in Ermangelung zureichender Mittel der Kirchenfabrik zu bestreiten 250

Bemessung der zu Kirchenbauzwecken verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen 251

Die Braut, welche erst nach Eingehung des Eheverlöbnisses von einem früheren Unzuchtsvergehen ihres Verlobten Kunde erhält, ist auf Grund dessen zum Rücktritt von dem Verlöbnisse berechtigt 254

Können die Kinder, wenn nach dem Tode der Mutter eine Eventualtheilung unterlassen worden, nachträglich noch die weiblichen Freiheiten anrufen? . . . 257

Vom Erbrecht der unehelichen Kinder an den Vater . 265

Legitimation von Ehebruchskindern durch nachfolgende Ehe; Erbrecht dieser Kinder 265

Anfechtung eines nach der vierten Form des Landrechts gefertigten Testaments, weil es nicht von dem Notar niedergeschrieben worden; Unschädlichkeit der Verletzung von Formen, welche nicht der Testator selbst zu beobachten hat 275

Nichtigkeit eines schriftlichen Elterntestaments wegen unrichtigen Zeitdatums; Kodizillarklausel 276

Können nach württ. Rechte Legate durch formlose Willenserklärung widerrufen werden? 282

Vermächtniß zu wohlthätigen Zwecken; Verfügungsrecht des Stiftungsrathes 290

Verlust der Erbschaft wegen Unwürdigkeit des Erben . 292

Unvordenkliche Verjährung 374

Verbindlichkeit des Servitutenpflichtigen zur Wiederherstellung der zur Ausübung der Servitut dienenden Anstalten 375

Eintrag des bedungenen Losungsrechtes im Unterpfandsbuch 376

Die Frage der Ablösbarkeit von Leistungen für kirchliche Zwecke auf Grund des Gesetzes vom 19. April 1865 377

Kauf nach Probe; Beweislast bezüglich der Probemäßigkeit 383

Klage auf Anerkennung eines Vertrages über die ehelichen Güterverhältnisse 383

Digitized by Google

Seite

Theilung des Eigenthums einer deutschrechtlichen Realgemeinde und der einer solchen nachgebildeten Genossenschaft 384
Verträge Minderjähriger; Haftung derselben im Falle der Bereicherung; Beweislast 388
Umfang der Befreiung der Frauenspersonen von der Beweislast bei der condictio indebiti 390
Schadenersatz wegen gebrochenen Eheverlöbnisses; Altersungleichheit der Verlobten 392
Zur Frage vom Erziehungsrechte der Eltern nach getrennter Ehe 394
In der Unterlassung einer Eventualtheilung auf Absterben des Ehemannes liegt ein Verzicht der Wittwe auf Anrufung der weiblichen Freiheiten 395
Zur giltigen Bestellung eines Pflegers gehört dessen eidliche Verpflichtung 396
Ersatzpflicht des Pflegers im Falle des Verlustes der von ihm ausgeliehenen Gelder 400
Einklagung von zur Gantmasse gehörigen illiquiden Aktivposten durch den Gemeinschuldner 402
Die Rechtswohlthat der Kompetenz des Gemeinschuldners 403

B. Wechselrecht.

Kann auch eine Nichthandelsgesellschaft (Handwerkerbank) im Wechselverkehre sich einer Firma bedienen? . . 293
Bezeichnung des Ortsdatums im Wechsel durch Benennung zweier Orte 296
Feststellung einer nur bedingten Verbindlichkeit des Akzeptanten eines Wechsels zu dessen Einlösung durch Vereinbarung desselben mit dem Wechselaussteller . 300
Voraussetzung der Befreiung des Indossanten von der Verbindlichkeit aus seinem Indossamente 300

C. Prozeß.

Zur Kompetenzbestimmung bei Wasserrechtsstreitigkeiten 301
Streitigkeiten der Anlieger eines öffentlichen Flusses über Wasserbauten zum Schutze ihres Eigenthums 301
Streit über Eigenthum und Benützungsrecht eines in einem öffentlichen Flusse errichteten Wöhres . . 304
Zur Kompetenzbestimmung bei Streitigkeiten über das Recht zur Vergebung einer Stiftung 305

Digitized by Google

Seite

Oeffentlich rechtliche Maßregeln der Verwaltungsbehörden können auch im Falle der Verletzung von Privatrechten vom Civilrichter nicht aufgehoben werden 308

Kann der Civilrichter eine einstweilige Verfügung treffen, wenn die privatrechtliche Natur des angesprochenen Rechtes bestritten ist? 309

Gemeinderathsmitglieder sind in Prozessen ihrer Gemeinde unzulässige Zeugen 312

Aufhebung der über das Vermögen eines Verschollenen angeordneten Kuratel. Kompetenz 406

Aufforderung zur Geltendmachung von Rechten erfordert Berühmung eines privatrechtlichen Anspruchs . . . 408

IV. Literarische Mittheilungen.

Die Strafprozeßgesetze im Königreich Sachsen. Erläutert von Dr. Friedrich Oskar Schwarze, K. sächsischen Generalstaatsanwalt. 2 Bde. Leipzig Fues's Verlag (R. Reisland) 1869.

Der Geschworene und der Gerichtsschöffe. Darstellung des öffentlich mündlichen Strafverfahrens mit Geschworenen und Gerichtsschöffen, insbesondere der Pflichten und Befugnisse eines Geschworenen und Gerichtsschöffen. Von Dr. Friedrich Oskar Schwarze, K. sächsischen Generalstaatsanwalt. Dresden Verlag von Gustav Dieze. 1869. Besprochen von Kübel . 315

Digitized by Google

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Die Anerkennungsklagen der neuen württembergischen Civilprozeßordnung.

(Von Dr. v. Kübel.)

Das praktische Bedürfniß hat seit lange dazu geführt, Klagen auf bloße Anerkennung und Feststellung des Bestandes oder des Umfangs eines streitigen Rechtsverhältnisses, ehe noch die materiellen Folgen desselben in Anspruch genommen werden können, für den Fall zuzulassen, daß der Kläger ein rechtliches Interesse hat, jene Feststellung sofort zu verlangen. Vom theoretischen Standpunkte ist die Statthaftigkeit solcher Präjudizialklagen zwar angefochten worden,[1] allein von anderer Seite wurde gezeigt, daß schon das römische Recht Anhaltspunkte für die Zulassung der Anerkennungsklagen biete,[2] und jedenfalls läßt sich vom praktischen Standpunkte nicht verkennen, daß es in vielen

---

[1] Sehr bestimmt wird sich dagegen ausgesprochen insbesondere von Kori in dessen und Langenn's Erörterungen prakt. Rechtsfragen Ttl. III, Nr. 3.

[2] Gottschalk, sel. disceptat. for., ed. 2., Tom. III, cap. 12; Unterholzner, Schuldverh. Bd. I, S. 352; Mühlenbruch, Civilproz, 2. Ausg., §. 27 a. E.; Wächter, württ. Privatrecht Bd. II, S. 413 f.; Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 279 ff.; Seuffert, Pand., 4. Aufl., Bd I, §. 23, Note 5, §. 24, Note 1a; Windscheid, die Act o des röm. Civilrechts S. 16 und S. 18, Note 14; Arndts, Pand., 3. Aufl., §. 97, Anm. 3; Bolley, Entwürfe und Anträge Bd. I, S. 4[illegible]8 ff.; Pfeiffer, Archiv für civ. Praxis Bd. XXXVII, S. 120, 259 ff.; Brackenhöft, Erörterungen S. 104.

Digitized by Google

Fällen ein dringendes und unabweisliches Bedürfniß ist, Klagen der bezeichneten Art zuzulassen und dadurch die Feststellung eines streitigen Rechtsverhältnisses zu ermöglichen, noch ehe der Berechtigte die seinem Anspruch entsprechende Leistung fordern kann. So kann es insbesondere bei persönlichen Schuldverhältnissen für den einen oder auch für beide Theile vom größten Interesse sein, daß der Bestand oder der Umfang des Schuldverhältnisses in rechtliche Gewißheit gesetzt werde, ehe der Zeitpunkt der obligationsmäßigen Leistung gekommen oder bei bedingten Forderungen die Bedingung eingetreten ist. Man setze z. B. den so oft vorkommenden Fall, daß ein Vater bei dem Verkaufe seines Gutes an eines seiner Kinder dem Käufer die Verbindlichkeit auferlegt, seinen Geschwistern bei ihrer Verheirathung gewisse Summen als Heirathgut zu bezahlen. Wenn nun der Gutskäufer diese Verbindlichkeit bestreitet, so wird dadurch in's Ungewisse gestellt, ob seine Geschwister das ihnen ausgesetzte Heirathgut überhaupt erhalten werden und so lange diese Ungewißheit dauert, wird es ihnen nicht leicht möglich sein, sich passend zu verheirathen. Sie haben daher unläugbar ein rechtliches Interesse, daß über ihren Anspruch auf das zu ihren Gunsten bedungene Heirathgut sofort und vor Eintritt des Zeitpunktes für die Leistung des Heirathgutes entschieden werde, da andernfalls der Schuldner es in seiner Gewalt hätte, die Ansprüche seiner Geschwister ganz zu vereiteln.[3] Oder man setze den Fall, daß zwischen Miether und Vermiether oder zwischen Pächter und Verpächter vor Beginn der Pacht- oder Miethzeit über den rechtlichen Bestand des Pacht- oder Miethvertrages oder über die Anfangszeit, oder daß während der Pacht- oder Miethperiode über den Zeitpunkt ihrer Beendigung Streit entstehe; in allen diesen Fällen wird es für den Einen oder den Andern der Kontrahenten oder auch für Beide

[3] Vergl. Bolley, Entwürfe und Anträge Bd. I, S. 500; Sarwey, Monatschrift Bd. XVI, S. 185, 186; Seuffert, Archiv Bd. III, Nr. 306.

Digitized by Google

regelmäßig von unbestreitbarem rechtlichem Interesse sein, daß der Streitpunkt sofort, und ehe auf die durch den Streit in Frage gestellte Leistung geklagt werden kann, durch Urtheil festgestellt werde, um sich vor dem bei fortdauernder Ungewißheit drohenden Schaden wahren zu können.[4] Oder man unterstelle, daß ein seinem Umfange nach bestrittener Anspruch von der Erfüllung einer lästigen Bedingung abhängig gemacht sei; hier hat gewiß der bedingt Berechtigte wiederum ein offenliegendes rechtliches Interesse, daß über den Umfang des Anspruchs sofort und vor Erfüllung der Bedingung erkannt und ihm dadurch Gewißheit verschafft werde, was er durch Erfüllung der Bedingung zu erreichen vermöge.[5] Oder man nehme an, es habe Jemand dem Prinzipal eines Geschäftsreisenden für diesen durch persönliche Interzession Kaution geleistet und bestreite nun seine Verbindlichkeit Hier hat gewiß der Prinzipal das höchste Interesse, daß die bestrittene Verbindlichkeit sofort in's Gewisse gestellt werde, ehe ein Fall eingetreten, welcher den Kaventen im Falle des Bestehens seiner Verbindlichkeit haftpflichtig machen würde, um sich je nach dem Ausfall des Urtheils auf andere Weise vor Schaden schützen zu können. Oder man denke an den Fall, daß Jemand eine ihm zustehende unverfallene Forderung verkaufen will, hieran aber dadurch gehindert ist, daß der Bestand oder der Umfang der entsprechenden Verbindlichkeit von dem Schuldner bestritten wird Auch hier wieder liegt ein gewichtiges rechtliches Interesse für den Gläubiger vor, daß sein Anspruch schon jetzt und vor Eintritt der Verfallzeit durch Urtheil fest estellt werde. So lassen sich die manchfaltigsten

---

[4] Sarwey, Monatschrift Bd. XVI, S. 175 ff., 180 ff.; Seuffert, Archiv Bd. III, Nr. 305, 306; Motive zu dem Entwurf einer Prozeßordnung für den preußischen Staat (1864) S. 51; Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S 280; Protokolle der deutschen Civilprozeßkommission zu Hannover Bd. V, S. 1464, 1465.

[5] Bolley, Entwürfe und Anträge Bd. I, S. 500, 501.

Digitized by Google

Interessen denken, welche ein Forderungsberechtigter an der sofortigen Feststellung des Bestandes und Umfangs eines Anspruchs vor dessen Fälligkeit haben kann, so daß das dringende Bedürfniß der Gestattung von Klagen, welche lediglich jene Feststellung des Anspruchs zum Zwecke haben, klar am Tage liegt.

Klagen auf Anerkennung eines dinglichen Rechtes kennt schon das römische Recht, so insbesondere die negatorische und die konfessorische Klage, deren erstere die Anerkennung der Freiheit des Eigenthums von einem besonderen das Eigenthum beschränkenden Rechte, die letztere die Anerkennung des Bestehens eines solchen besonderen dinglichen Rechtes bezweckt. Auch hier geht das Bedürfniß jedoch weiter. Die Eigenthumsklage, sowohl die rei vindicatio als die publizianische Klage, ist zum Schutze des Eigenthums gegen die Entziehung des Besitzes durch einen Dritten gegeben, hat daher eine solche Besitzentziehung zu ihrer Voraussetzung und die Restitution an den Eigenthümer zu ihrem Zwecke. Nun sind aber gar manche Fälle denkbar, wo dieser Schutz für den Eigenthümer nicht ausreicht und ein dringendes rechtliches Interesse desselben vorliegt, daß über das Eigenthumsrecht sofort erkannt werde, obwohl der Eigenthümer im Besitze ist oder zu sein behauptet, oder derselbe entgegenstehender Einreden halber die Restitution seiner in dritten Händen befindlichen Sache noch nicht verlangen kann. Man setze z. B. den Fall, es habe Jemand bisher ein Beholzungsrecht in dem Walde eines Andern, oder ein Durchfahrtsrecht durch den Hof eines Andern ausgeübt, welches der Besitzer bestreitet und ferner nicht mehr dulden will, es wird aber von Ersterem das fragliche Recht nunmehr auf Grund eines ihm an dem Walde oder Hofe zustehenden Eigenthumsrechtes in Anspruch genommen. In diesem Falle kann der Besitzer des Waldes oder Hofes nicht negatorisch klagen, da die negatorische Klage nur zum Schutze besonderer das Eigenthum beschränkender Rechte gegeben ist, nicht aber gegen denjenigen

Digitized by Google

Platz greift, welcher selbst Eigenthümer zu sein behauptet,[6] er kann aber auch den Wald oder Hof nicht vindiziren, weil er sich im Besitze desselben befindet. Dennoch hat er ein unbestreitbares rechtliches Interesse, daß sein Eigenthumsrecht sofort festgestellt und in Folge dessen die Nichtberechtigung des Andern ausgesprochen werde, und dieses Interesse findet den erforderlichen Schutz nur durch die Zulassung einer Anerkennungsklage. Oder man denke an den nicht seltenen Fall, daß bei einem Streit über das Eigenthum beide Theile zu besitzen behaupten, beide Theile auch Besitzhandlungen vorgenommen haben, Jeder aber behauptet, daß der Andere diese Handlungen nur vermöge besonderen Rechtes vorgenommen habe, während er selbst sie auf sein Eigenthumsrecht zurückführt. Wollte man hier die Anerkennungsklagen nicht zulassen, so bliebe nur der Umweg eines vielleicht weit aussehenden und schwierigen Besitzprozesses offen, während über das Eigenthumsrecht vielleicht ohne Schwierigkeit entschieden werden könnte und das rechtliche Interesse beider Theile darin zusammentrifft, daß über den Eigenthumsanspruch selbst sofort entschieden werde. Oder man vergegenwärtige sich den Fall, daß der Verpächter das von ihm auf längere Zeit verpachtete Gut verkaufen will, hieran aber dadurch gehindert wird, daß der Pächter selbst Eigenthümer zu sein behauptet. In diesem Falle kann der Verpächter die Herausgabe des Gutes nicht fordern, also nicht vindiziren, weil ihm für den Fall seines Eigenthums die Einrede aus dem Pachtvertrag entgegensteht. Er hat aber, da er ohne vorherige Entscheidung über sein Eigenthumsrecht sein Gut nicht verkaufen kann, ein dringendes rechtliches Interesse, daß schon jetzt und ungeachtet der ihr entgegenstehenden Einrede sein Eigenthumsanspruch durch richterliches Urtheil in's Gewisse gestellt werde. Eine Provokationsklage würde, da der Pächter als Besitzer gleichfalls keine Klage hätte, nicht

[6] Sarwey, Monatschrift Bd. XIII, S. 383 ff., 387 ff., 392 ff.

Digitized by Google

zum Ziele führen, und es liegt daher auch hier wieder das Bedürfniß der Zulassung einer Anerkennungsklage offen zu Tage.

Weitere Beispiele, in welchen die Anerkennungsklagen sich als ein Bedürfniß herausgestellt haben, bieten die Fälle dar, wo die kirchliche Bau- und Besoldungslast auf den Grund des Besitzes kirchlichen Vermögens seiten des Beklagten oder auf den Grund Herkommens in Anspruch genommen wird, ehe ein Baufall eingetreten oder, im Fall der Subsidiarität der angesprochenen Verbindlichkeit, die Mittel des prinzipal Verpflichteten erschöpft sind, ehe somit eine Leistung gefordert werden kann. Daß es hier von dem größten rechtlichen Interesse ist, daß die bestrittene Verbindlichkeit festgestellt werde, ehe ein Fall eintritt, wo der Pflichtige zu leisten hat, leuchtet ein. Uebrigens wird in diesen Fällen, da die Verbindlichkeit unter den Gesichtspunkt einer Reallast zu stellen sein wird, die konfessorische Klage regelmäßig Platz greifen und schon mit dieser die Anerkennung des streitigen Rechtes verlangt werden können.[7]

In der Praxis haben daher auch die Anerkennungsklagen, wenn gleich unter mancherlei Schwankungen, trotz aller theoretischen Schwierigkeiten mehr und mehr Eingang und Ausbildung gefunden,[8] und es gilt dieß insbesondere auch für Württemberg, dessen Gerichte die Anerkennungsklagen seit vielen Jahren zugelassen und namentlich Klagen auf Anerkennung und Feststellung einer persönlichen Verbindlichkeit, auch ehe die obligationsmäßige Leistung rechtlich gefordert werden kann, in vielen Fällen für statthaft erkannt haben, wenn auf Seiten des Klägers ein nachweisbares rechtliches Interesse an der sofortigen Entscheidung

[7] Dieses Archiv Bd. VI, S. 102 ff.

[8] Ackermann, Rechtssätze des OAG. zu Dresden S. 116; Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. VIII, S. 561 f.; Seuffert, Archiv Bd. II, Nr. 27, 249; Bd. XIV, Nr. 5; Bd. XX, Nr. 7. Dagegen Bd. VII, Nr. 298; Bd. VIII, Nr. 247; Bd. X, Nr. 108; Bd. XIX, Nr. 110.

Digitized by Google

über den Bestand oder den Umfang der Verbindlichkeit vorhanden war.[9] So hat das hiesige Obertribunal schon unter dem 12. März 1836 in Sachen L. c. O eine Klage des Vermiethers auf Anerkennung des rechtlichen Bestandes des Miethvertrags vor fällig gewordener Leistung,[10] unter dem 24. April 1844 in Sachen W. c. W. eine Klage auf Anerkennung der Rechtsgiltigkeit eines Vermögensabsonderungsvertrags ohne Forderung einer hievon abhängigen Leistung,[11] am 22. Mai 1846 in Sachen Sp. c. Sch. eine Klage des im Besitze befindlichen Pächters auf Anerkennung des Rechtsbestandes und der lebenslänglichen Dauer des Pachtvertrages,[12] unter dem 27. Juni / 14. Juli 1849 in Sachen der gräfl. N.'schen Standesherrschaft c. H. eine Klage auf Anerkennung der Rechtsgiltigkeit eines Lehenvertrages ohne Verbindung mit dem Anspruch auf eine Leistung,[13] unter dem 12. Oktober 1859 in Sachen M. c. M. eine Klage auf Anerkennung des Rechtsbestandes eines Kaufvertrages,[14] unter dem 11. Dezember 1860 in

---

[9] Sarwey, Monatschrift Bd. VIII, S. 466; Bd. XIII, S. 398 ff., S. 400 ff., S. 405 ff.; Bd. XV, S. 176, 200, 201, 217 ff.; Bd. XVI, S. 175 ff., S. 180 ff., S. 189 ff., S. 193 ff., S. 196 ff., S. 200 ff., S. 203 ff.; Bd. XIX, S. 12 ff.; Hufnagel, Mitth. Bd. II, S. 9 ff.; Neuffer, Zeitschr. für Rechtspflege Bd. II, Nr. XXVII, S. 207 ff.; Seuffert, Archiv Bd. III, Nr. 304, 305, 306, 383; Bd. IV, Nr. 19; Bd. VI, Nr. 319; Bd. XIII, Nr. 19; Bd. XIV, Nr. 145; dieses Archiv Bd. IV, S. 149; Bd. VI, S. 258; Bd. XI, S. 143. Hieher gehören weiter die Entscheidungen des Obertribunals vom 22. Juni 1860 in Sachen F. c. R. und vom 12. November 1867 in Sachen der F. Standesherrsch. Th. u. T. c. Gemeinde S.

[10] Sarwey, Monatschrift Bd. XVI, S. 180 ff.; Seuffert, Archiv Bd. III, Nr. 306, 383.

[11] Sarwey, Monatschrift Bd. XVI, S. 192 ff.

[12] Sarwey, a. a. O. Bd. XVI, S. 175 ff.; Seuffert, Archiv Bd. III, Nr. 305.

[13] Sarwey, a. a. O. Bd. XVI, S. 200 ff.; Seuffert, Archiv Bd. III, Nr. 304.

[14] Neuffer, Zeitschrift Bd. II, S. 207 ff.

Digitized by Google

Sachen K. c. M. eine Klage auf Anerkennung der Verbindlichkeit zum Ersatze zukünftigen Alimentenaufwands,[15] unter dem 12. November 1867 in Sachen der F. Standesherrschaft Th. u. T. c. die Kirchengemeinde S. eine Klage auf Anerkennung der Verbindlichkeit zu Aufstellung und Belohnung eines Organisten vor Eintritt der Voraussetzung für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit für statthaft erkannt. Weiter hat das Obertribunal in einer Reihe von Fällen, in welchen zwischen dem Cedenten und Cessionar oder zwischen mehreren Cessionaren über die Thatsache der erfolgten Cession, oder über deren Giltigkeit oder Wirksamkeit gestritten wurde, Klagen auf Anerkennung des Rechtsbestandes oder der Ungiltigkeit der Cession, beziehungsweise auf Anerkennung, daß dem Kläger die cedirte Forderung zustehe, zugelassen.[16] Dabei wurde jedoch stets daran festgehalten, daß derartige Anerkennungsklagen nur angestellt werden können, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse habe, daß der streitige Anspruch oder das streitige Rechtsverhältniß sofort durch Urtheil festgestellt werde und wo im einzelnen Falle ein solches Interesse nicht angenommen werden konnte, wurde auch die Klage auf Anerkennung versagt. Aus diesem Grunde wurde durch Erkenntniß des Obertribunals vom 21. Mai 1859 in Sachen des Dr. St. c. Löw C. die Klage des Cessionars gegen den Cedenten auf Anerkennung der von letzterem bestrittenen Cession,[17] durch Erkenntniß vom 22. Juni 1860 in Sachen F. c. R. eine Klage auf Anerkennung des Bestehens einer Schadenersatzverbindlichkeit abgewiesen, wobei davon ausgegangen wurde, daß der Kläger das Vorhandensein eines Interesse an der sofortigen Feststellung des fraglichen Rechtsverhältnisses thatsächlich zu begründen und zu erweisen habe, da die Statthaftigkeit der Klage von dem Bestehen des In-

[15] Seuffert, Archiv Bd. XIV, Nr. 145.

[16] Dieses Archiv Bd. VI, S. 258; Bd. XI, S. 143; vergl. auch Reuffer, Zeitschrift Bd. I, S. 219.

[17] Seuffert, Archiv Bd. XIII, Nr. 19.

Digitized by Google

tereſſe abhänge.[18] In zwei weiteren Fällen, den 30. Juni 1837 und den 16. November 1850 wurde von dem Obertribunal erkannt, daß Klagen wegen noch nicht verfallener Forderungen jedenfalls dann nicht für ſtatthaft erachtet werden können, wenn es noch ganz problematiſch ſei, ob das Rechtsverhältniß, welches zum Gegenſtand des Streites gemacht werden wolle, überhaupt eintreten, ob es überhaupt zur Erfüllung der in Frage ſtehenden Verbindlichkeit zwiſchen den Parteien jemals kommen werde und könne.[19] Den 12. Dezember 1843 und den 5. Auguſt 1851 wurde von dem Obertribunal ferner ausgeſprochen, daß Klagen auf Anerkennung der Nichtexiſtenz einer perſönlichen Verbindlichkeit unſtatthaft ſeien,[20] wogegen am 27. Oktober 1848 in Sachen S. c. R. die Klage auf Unverbindlichkeitserklärung eines Verſprechens (condictio liberationis) für ſtatthaft erachtet wurde,[21] welche Klage jedoch allerdings ſchon im römiſchen Civilrechte ihre Begründung hat.

Was die Klagen auf Anerkennung dinglicher Anſprüche betrifft, ſo hat das Obertribunal am 16. Januar 1844 die Klage eines angeblichen Lehensherrn auf Anerkennung der lehenbaren Eigenſchaft eines von dem Beklagten beſeſſenen Gutes,[22] und den 14. April 1840, ſowie den 19. Januar 1844 Klagen von Lehengutsbeſitzern auf Anerkennung der lehenbaren Eigenſchaft gewiſſer von den Beklagten mit vollem Eigenthum angeſprochenen Grundſtücke für ſtatthaft erkannt.[23] Deßgleichen wurde durch Erkenntniß des Obertribunals vom 26 Juni 1868 in der Appellationsſache Sch. c. B. die Klage auf Anerkennung des Miteigenthums

---

[18] Vergl. auch Hufnagel, Mitth. Bd. II, S. 11, 12.

[19] Sarwey, Monatſchrift Bd. XV, S. 176; Seuffert, Archiv Bd. IV, Nr. 19.

[20] Sarwey, Monatſchrift Bd. XV, S. 200, 201; Bd. XIX, S. 15 f.; Seuffert, Archiv Bd. VI, Nr. 319.

[21] Sarwey, Monatſchrift Bd. XV, S. 217 ff.

[22] Ebendaſelbſt Bd. XIII, S. 398 ff.

[23] Ebendaſelbſt Bd. XIII, S. 400 ff. und S. 405 ff.

Digitized by Google

an einem von dem Kläger und dem Beklagten gemeinschaftlich besessenen Gebäude als statthaft erkannt, indem in den Entscheidungsgründen bemerkt wurde, es sei gleichgiltig, ob das Recht des Klägers von dem Beklagten thatsächlich verletzt oder nur in Widerspruch gezogen worden sei; auch das letztere müsse bei dem Interesse, welches der Kläger an der Feststellung seines Rechtsverhältnisses zu dem Beklagten habe, genügen, um ihn zur Anstellung der Klage auf Anerkennung seines Rechtes in Absicht auf die Benützung des Gebäudes ebenso, wie in Absicht auf das Miteigenthum zu berechtigen. In einer Entscheidung des Kreisgerichtshofs zu Tübingen vom 22. Septbr. 1868 in Sachen W. c. G. wurde ausgesprochen, daß von der Regel, wonach die rei vindicatio nur von dem nichtbesitzenden Eigenthümer gegen die im Besitz befindlichen Nichteigenthümer angestellt werden könne, dann eine Ausnahme zugelassen werde, wenn der obwohl im Besitz befindliche, klagende Eigenthümer ein erhebliches, rechtliches Interesse daran habe, daß die Unsicherheit und Ungewißheit, in welche sein Eigenthumsrecht durch eine auch von einem nichtbesitzenden Beklagten ausgehenden Eigenthumsanmaßung gerathen könne, beseitigt und das ihm von dem nichtbesitzenden Beklagten bestrittene Eigenthumsrecht zur gerichtlichen Anerkennung gebracht werde. Ein solches Interesse wurde auf Seiten des Klägers als vorhanden angenommen, weil der Beklagte nicht nur einen ortsobrigkeitlichen Befehl an den Kläger, den von diesem als sein Eigenthum beanspruchten Platz zu räumen, ausgewirkt, sondern auch eben diesen Platz wieder zu veräußern versucht hatte. Dagegen wurde durch Erkenntniß des Obertribunals vom 19. Juni 1829 die seiten mehrerer Lehengutsbesitzer erhobene negatorische Klage gegen ihre Lehensherrschaft auf Anerkennung der Freiheit der ihnen zustehenden Gemeinderechte von dem durch die Lehenherrschaft behaupteten Lehenverband wegen mangelnden Klagerechts abgewiesen, weil die negatorische Klage, deren

Digitized by Google

Grund die Verneinung eines besondern Rechtes, nicht des Eigenthumsrechtes sei, bei einem Streite darüber, ob Jemand das volle Eigenthum oder der Andere das Obereigenthum an einer Sache anzusprechen habe, nicht stattfinde.[24] Ebenso wurde durch Erkenntniß des Obertribunals vom 28. Februar 1845 die von den Gemeinderechtsbesitzern einer Gemeinde gegen die politische Gemeinde angestellte negatorische Klage auf Anerkennung der Freiheit der von beiden Theilen mit Eigenthumsrecht angesprochenen Allmand von jedem Nutzungsrechte der Beklagten als unstatthaft abgewiesen, weil die negatorische Klage gegen Denjenigen nicht angestellt werden könne, welcher selbst Eigenthümer zu sein behaupte.[25] Aus dem gleichen Grunde wurde durch Erkenntniß des Obertribunals vom 12. März 1847 die von den Besitzern eines Lehenhofs gegen die Lehenherrschaft angestellte negatorische Klage auf Anerkennung der Freiheit eines von beiden Theilen mit vollem Eigenthumsrecht angesprochenen Waldes von dem Rechte der Beklagten auf Bezug des Oberholzes als unstatthaft erkannt.[26]

Im Hinblick auf diese Rechtsgestaltung der Praxis schlug Bolley, dessen praktischer Rechtssinn die Bedürfnisse des Lebens stets in's Auge faßte und ihnen gerecht zu werden bestrebt war, in seinen Entwürfen und Anträgen zu einer umfassenden Civilgerichts- und Prozeßordnung die Aufnahme folgender gesetzlicher Bestimmungen vor: Art. 765. „Hat der Kläger ein besonderes Interesse dabei, daß ein streitig gewordenes Rechtsverhältniß schon vor der Verfallzeit oder vor dem Eintritt der Bedingung außer Zweifel gesetzt werde, so ist auf seinen Antrag jetzt schon über seinen Anspruch zu verhandeln und zu entscheiden. Doch ist zwischen bedingten und unverfallenen Forderungen in der Art zu unterscheiden, daß bei bedingten Forderungen

---

[24] Ebendaselbst Bd. XIII, S. 383 ff.
[25] Ebendaselbst Bd. XIII, S. 387 ff.
[26] Ebendaselbst Bd. XIII, S. 392 ff.

Digitized by Google

ein viel stärkeres Interesse für eventuelle Geltendmachung des Anspruchs nachgewiesen werden muß, als bei unverfallenen, und daß, wenn die Bedingung nicht eintreten sollte, der Kläger jedenfalls die Kosten des Prozesses zu tragen hat . . . ." Art. 767. „Wird ein Rechtsverhältniß streitig, aus welchem der Kläger verfallene und unverfallene Forderungen ableitet, so kann er das ganze Rechtsverhältniß, mag es ein dingliches oder ein persönliches sein, klagbar machen, jedoch in der Art, daß der Beklagte nur für verbunden erklärt werde, das Unverfallene zur Zeit der Verfallzeit zu leisten." [27] Man wird anerkennen müssen, daß dieser Vorschlag das Bedürfniß, wie solches im Rechtsleben hervorgetreten, im Wesentlichen richtig erkannt hat, wenn auch die Fassung Manches zu wünschen übrig läßt und die vorgeschlagene Unterscheidung zwischen unverfallenen und bedingten Forderungen nicht zu billigen ist. Der Vorschlag blieb jedoch damals ein frommer Wunsch des Verfassers. Dagegen wurde nur wenige Jahre nachher in die badische bürgerliche Prozeßordnung vom 12. April 1851 §. 278 die Bestimmung aufgenommen: „Auf Anerkennung von Rechtsverhältnissen und der daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten kann auch ohne die Voraussetzung einer bereits stattgehabten Rechtsverletzung geklagt werden, wenn der Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend einwilligt, oder der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Entscheidung hat." Dieselbe Bestimmung ist dann auch in die neue badische Prozeßordnung §. 256 übergegangen und findet sich ebenso in dem Entwurfe einer bürgerlichen Prozeßordnung für das Königreich Bayern Art. 151 wörtlich wieder. Deßgleichen ist in dem Entwurf einer bürgerlichen Prozeßordnung für den preußischen Staat §. 224 bestimmt: „Ein Anspruch kann im Wege der Klage auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung

[27] Bolley, Entwürfe und Anträge (1844) Bd. I, S. 498 bis 501.

Digitized by Google

geltend gemacht werden, sofern der Kläger ein rechtliches Interesse dabei hat, daß der Anspruch durch das begehrte Urtheil alsbald festgestellt wird. Insbesondere kann unter dieser Voraussetzung geklagt werden: 1) auf Anerkennung einer noch nicht fälligen oder bedingten Forderung; 2) auf Anerkennung der Aechtheit einer Privaturkunde. Ist jedoch das Recht des Klägers vor Anstellung der Klage nicht durch Verzug oder in anderer Weise verletzt worden, so hat der Kläger die Kosten des Verfahrens zu tragen, wenn der Beklagte den Anspruch des Klägers sofort anerkennt, oder wenn derselbe, ohne auf die Klage sich einzulassen, ein Versäumnißurtheil wider sich ergehen läßt." Die Motive zu dem preußischen Entwurfe bemerken hiezu, daß die Aufnahme dieses wichtigen Grundsatzes durch die Betrachtung veranlaßt worden sei, daß ein Bedürfniß bestehe, auch zur Abwendung bevorstehender Rechtsverletzungen Klagen zuzulassen. Thue man dieß nicht, so müsse der Eintritt der Rechtsverletzungen erst abgewartet werden; da nun aber jeder Prozeß eine gewisse Zeit in Anspruch nehme, so werde häufig eine Rechtsverletzung längere Zeit fortbestehen, was bei der schließlichen Auseinandersetzung neue Verwicklungen veranlasse. Sei z. B. zwischen Miether und Vermiether der Zeitpunkt streitig geworden, in welchem die Miethe, beziehungsweise Pacht ihren Anfang oder ihr Ende nehmen solle, so erscheine es höchst zweckmäßig, die Klage noch vor Eintritt der thatsächlichen Rechtsverletzung seiten einer der Parteien zuzulassen, insofern anzunehmen sei, daß der Verurtheilte sich dem Urtheil zunächst ohne Zwang unterwerfen werde, so daß es zu einer thatsächlichen Rechtsverletzung, welche ihn zum Schadenersatz und den Gegner zur Schadensliquidation nöthige, gar nicht mehr kommen werde. Träte dieselbe dennoch ein, so würde der Sieger mindestens in Folge des bereits erstrittenen Urtheils parate Exekution haben, und folglich die Rechtsverletzung nicht so lange als nach bisherigem Rechte ertragen müssen. Die Zulassung der Klage, sobald ein rechtliches

Digitized by Google

Interesse zu deren Anstellung vorhanden sei, folge aber auch daraus, daß jedes rechtliche Interesse auf Schutz Anspruch habe. Sie empfehle sich endlich deßhalb, weil sie für die Mehrzahl der Fälle jene immerhin mißlichen Mittel entbehrlich mache, durch welche die Parteien sich vor dem Prozesse, welchen sie noch nicht anstellen können, künftige Beweismittel sichern (provocatio ex lege si contendat), und weil sie der Nothwendigkeit enthebe, einen präparatorischen Diffamationsprozeß zu gestatten. Berühme sich der Gegner eines Anspruchs, so habe die Partei, welche denselben nicht anerkenne, regelmäßig ein rechtliches Interesse, die sofortige Entscheidung herbeizuführen; sie könne negatorisch klagen, so daß von dem langwierigen und kostspieligen Umwege des Diffamationsprozesses sich ganz absehen lasse. [28] Auch im Schooße der Kommission zu Berathung einer allgemeinen deutschen Civilprozeßordnung in Hannover wurde das Bedürfniß der Zulassung der Anerkennungsklagen allseitig anerkannt und es war demgemäß auch die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in den deutschen Prozeßordnungsentwurf beantragt worden. Ein Abgeordneter hatte den Antrag gestellt, eine Bestimmung dahin aufzunehmen: „Bei Klagen auf Anerkennung von Rechtsverhältnissen und der daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten bedarf es nicht der Anführung einer bereits stattgehabten Rechtsverletzung, wenn der Beklagte in die Verhandlung einwilligt." Von einem anderen Abgeordneten war die Aufnahme einer mit der Vorschrift der badischen Prozeßordnung übereinstimmenden Bestimmung beantragt worden. Es gebe Verhältnisse, wurde zu Begründung dieser Anträge bemerkt, in welchen es für beide Parteien von dem größten Interesse sei, Klagen auf Anerkennung eines Rechtes schon vor eingetretener Rechtsverletzung und bevor nach dem Civilrecht ein Klagerecht ge-

[28] Motive zu dem Entwurfe einer bürgerl. Prozeßordnung für den preußischen Staat S. 50, 51.

Digitized by Google

geben sei, erheben und die Feststellung des fraglichen Rechtsverhältnisses durch richterliches Urtheil verlangen zu können. So können z. B. bei betagten Ansprüchen beide Theile ein großes Interesse haben, die Frage, ob der von einer Seite behauptete, von der andern Seite bestrittene Anspruch begründet sei, schon vor dem Eintritt des dies zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen. So haben ferner, wenn z. B. Jemand eine Wohnung auf drei Jahre gemiethet habe, nach Ablauf der Miethzeit aber das Miethverhältniß stillschweigend fortgesetzt werde und nun Meinungsverschiedenheit darüber entstehe, ob durch diese relocatio das Miethverhältniß auf Ein Jahr oder auf drei Jahre verlängert sei, beide Theile offenbar das größte Interesse, baldthunlichst durch eine richterliche Entscheidung zu erfahren, welche dieser widerstreitenden Ansichten die richtige sei. Fälle dieser und ähnlicher Art seien nicht selten und es liege daher unläugbar ein praktisches Bedürfniß vor, die Zulässigkeit von Klagen der gedachten Art gesetzlich zu normiren. Allein, obwohl letzteres allseits anerkannt wurde, so wurde doch der Antrag auf die Aufnahme einer betreffenden Bestimmung in die Prozeßordnung als nicht dahin gehörig von der Mehrheit der Kommission mit 7 gegen 5 Stimmen abgelehnt.[29] Dagegen ist in der neuen württemb. Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 im Art. 319 die Bestimmung enthalten: „Ein Anspruch kann im Wege der Klage auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung geltend gemacht werden, sofern der Kläger ein rechtliches Interesse dabei hat, daß der Anspruch alsbald durch das begehrte Urtheil festgestellt werde. Insbesondere kann unter dieser Voraussetzung auf Anerkennung eines Rechtes oder einer noch nicht fälligen oder bedingten Forderung geklagt werden."

Die Bestimmung, welche in dieser Weise Aufnahme

[29] Protokolle der deutschen Civilprozeßkommission zu Hannover Bd. V, S. 1462—1467.

Digitized by Google

in die württ. Civilprozeßordnung gefunden hat, ist übrigens keine prozessualische, sondern eine rein civilrechtliche, da sie lediglich die materiellen Voraussetzungen der Klagbarkeit eines Anspruchs, das Klagerecht, betrifft, dieses aber einen Bestandtheil des Rechtes selbst bildet und daher wie dieses seinen Grund im Civilrecht hat. Es wird dieß auch in den Motiven zu Art. 319 (328 des Entwurfes) der württembergischen Civilprozeßordnung ausdrücklich anerkannt, indem zugleich bemerkt wird, daß die fragliche Bestimmung nur aus Zweckmäßigkeitsgründen nach dem Vorgang anderer Gesetzgebungsarbeiten in die Prozeßordnung aufgenommen worden sei, um die Unsicherheit zu beseitigen, welche in der Gerichtspraxis dießfalls bisher geherrscht habe.[30] So wenig jedoch die Bedeutung dieses Zweckmäßigkeitsgrundes und des Bedürfnisses einer gesetzlichen Feststellung des Rechtes, auf Anerkennung eines Rechtsverhältnisses zu klagen, zu verkennen ist, wird sich anderer Seits nicht läugnen lassen, daß es immer etwas Bedenkliches hat, wenn so gelegentlich vereinzelte civilrechtliche Bestimmungen getroffen werden, deren Tragweite sich in ihrer Isolirung weniger übersehen läßt und welche ebendaher in ihren Konsequenzen leicht zu Konflikten mit den sonst geltenden civilrechtlichen Grundsätzen führen können. Es war dieß auch der vorzüglichste Grund, warum eine der Vorschrift des Art. 319 der württemb. Prozeßordnung entsprechende Bestimmung in den Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilprozeßordnung nicht aufgenommen worden ist. Die fragliche Vorschrift, wurde bei der Berathung in der Kommission zu Hannover bemerkt, greife tief in die Bestimmungen des Civilrechts ein, indem es sich darum handle, ausnahmsweise eine Klage zuzulassen, obgleich eine solche nach den Grundsätzen des Civilrechts noch nicht

---

[30] Entwurf einer Civilprozeßordnung für das Königreich Württemberg mit den Motiven (Stuttgart, Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung 1867) Thl. II, S. 98.

Digitized by Google

existire. Es solle ein neuer civilrechtlicher Grundsatz geschaffen werden, daß ein rechtliches Interesse des Klägers, oder, wie in der Kommission zu Hannover weiter beantragt war, die Zustimmung des Gegners genüge, um eine gerichtliche Entscheidung der Rechtsverhältnisse, welche noch nicht streitig seien, demnächst jedoch streitig werden können, durch Erhebung einer Klage herbeizuführen. Eine solche Bestimmung, welche einen rein civilrechtlichen Charakter habe und in das materielle Aktionenrecht, sowie in das Gebiet des Obligationenrechtes tief eingreife, in der Prozeßordnung zu treffen, würde aber offenbar zu weit führen und zum mindesten in einer allgemeinen Prozeßordnung sehr bedenklich sein, da man die volle Tragweite der Bestimmung nicht zu übersehen vermöge.[31] Hiefür dürfte auch der Art. 319 der württemb. Civilprozeßordnung Zeugniß geben, und es ist die Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten wohl etwas zu leicht darüber weggegangen, indem sie sich auf die Bemerkung beschränkt hat, daß durch die gedachte Bestimmung die sehr bestrittene Frage über das Klagerecht, namentlich über die Zulässigkeit einer Klage auf Anerkennung eines Rechtes in einer der Gerichtspraxis und andern Gesetzesentwürfen entsprechenden Weise zweckmäßig geregelt werde.[32]

Der Art. 319 spricht in dem ersten Absatze, in Uebereinstimmung mit den oben erwähnten gesetzgeberischen Vorgängen, aus, daß ein Anspruch auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung im Wege der Klage geltend gemacht werden könne, wenn der Kläger an der sofortigen Feststellung des Anspruchs ein rechtliches Interesse habe. Hierin liegt ein positiver und ein negativer Ausspruch: ein positiver, sofern dadurch die Statthaftigkeit von Klagen auf bloße

---

[31] Protokolle der deutschen Civilprozeßkommission zu Hannover a. a. O. S. 1463, 1464.

[32] Die neue Justizgesetzgebung des Königreichs Württemberg Bd. II, Abth. 2, S. 209.

Digitized by Google

Anerkennung oder Feststellung eines Anspruchs oder eines Rechtsverhältnisses grundsätzlich anerkannt und als einzige Voraussetzung für die Zulassung solcher Klagen das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses des Klägers an der sofortigen Feststellung des streitigen Anspruchs aufgestellt wird; ein negativer, sofern weiter ausgesprochen wird, daß das Recht zur Klagerhebung in den gedachten Fällen nicht von dem Vorhandensein einer vorausgegangenen Rechtsverletzung abhängig sei. Gegen den positiven Theil der Bestimmung ist nichts zu erinnern; derselbe entspricht dem praktischen Bedürfnisse, wie sich solches inzwischen im Rechtsleben geltend gemacht hat und stimmt mit den Grundsätzen überein, die schon bisher von der Praxis befolgt wurden. Dagegen gibt der negative Theil der Bestimmung zu Bedenken Anlaß. Derselben scheint die Unterstellung zu Grunde zu liegen, als ob das Klagerecht abgesehen von der Bestimmung des Art. 319 regelmäßig eine vorausgegangene Rechtsverletzung zu seiner Bedingung habe. Nun bezieht sich aber die Bestimmung des Art. 319 unzweifelhaft ebensowohl auf persönliche als auf dingliche Klagen, da der Artikel ganz allgemein redet und zwischen dinglichen und persönlichen Klagen nicht unterscheidet, auch das Bedürfniß der Zulassung von Klagen der fraglichen Art sowohl für dingliche als persönliche Rechtsverhältnisse vorhanden ist. Was aber zunächst die persönlichen Klagen betrifft, so war zwar lange Zeit ziemlich allgemein angenommen, daß auch bezüglich ihrer eine vorausgegangene Rechtsverletzung oder Rechtsstörung die Bedingung ihrer Nativität bilde,[33] wobei man freilich genöthigt war, eine Verletzung des Forderungsrechtes in manchen Fällen auf künstliche Weise anzunehmen, wo eine solche in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, und diese sog. Verletzungstheorie liegt

---

[33] Puchta, Pand., 9. Aufl., §. 81, Ziff. 2 und Vorles., 5. Aufl., Bd. I, S. 186, lit. b; Sintenis, Civilrecht Bd. I, §. 31, Ziff. 2; Savigny, System Bd. V, S. 281 ff.

Digitized by Google

auch den obengenannten Bestimmungen der badischen Civilprozeßordnung, sowie der Entwürfe einer bayerischen und einer preußischen bürgerlichen Prozeßordnung zu Grunde.[34] Allein nach der richtigen und jetzt wohl als herrschend zu betrachtenden,[35] auch von dem hiesigen Obertribunal angenommenen[36] und ebenso in neueren Gesetzgebungen und Gesetzgebungsarbeiten zur Geltung gekommenen Ansicht[37] ist die Nativität persönlicher Klagen nicht durch eine vorausgegangene Rechtsverletzung oder Rechtsstörung bedingt, sondern es ist die Klage geboren, sobald der Anspruch überhaupt nur rechtlich geltend gemacht, die obligationsmäßige Leistung gefordert werden kann. Hievon ausgegangen ist es nicht, wie der Abs. 1 des Art. 319 zu unterstellen scheint, eine Ausnahme, wenn eine persönliche Klage ohne vorausgegangene Rechtsverletzung verfolgt werden kann, sondern es trifft dieß bei allen persönlichen

---

[34] Vergl. insbesondere die Motive zu dem Entwurf einer bürgerl. Prozeßordnung für den preußischen Staat S. 49, 50.

[35] Bangerow, im Archiv für civ. Praxis Bd. XXXIII, S. 292 ff.; derselbe, Pand. 7. Aufl., Bd. I, S. 222 ff.; Windscheid, Pand. Bd. I, §. 108; derselbe, die Aktio des römischen Civilrechts S. 41 ff.; Wächter, württemb. Privatrecht Bd. II, S. 807 ff.; Arndts, Pand. §. 107; Lenz, Studien u. Kritiken S. 233 ff.; Brinz, Pand. §. 48, S. 165 ff.; Unger, österr. Privatrecht Bd. II, §. 116, S. 375 ff.; Förster, preuß. Privatrecht Bd. I, §. 57, S. 281 ff.; Heimbach, in Weiskes Rechtslexikon Bd. XII, S. 633 ff.; Demelius, Untersuchungen Nr. 2, S. 111 ff.; Münchener kritische Ueberschau Bd. V, S. 8 ff.; Schirmer, in der 2. Aufl. von Unterholzner's Verjährungslehre Bd. II, S. 305; Mazen, Beweislast S. 6 ff.

[36] Dieses Archiv Bd. VIII, S. 118, 119.

[37] Züricher privatrechtliches Gesetzbuch §. 1065, 1066; sächsisches bürgerliches Gesetzbuch §. 1016; großh. hessisches Gesetz vom 19. März 1853 bezüglich der Verjährung der persönl. Klagen Art. 2; Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 400; Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines gemeinsamen deutschen Obligationenrechts S. 1352 ff.

Digitized by Google

Klagen stets zu, ohne daß das rechtliche Interesse des Klägers an der sofortigen Feststellung des fraglichen Anspruchs dabei weiter in Betracht kommt, und man wird demzufolge die in dem Art. 319 gewählte Ausdrucksweise dem Standpunkte der heutigen Theorie nicht als entsprechend bezeichnen können. Was der Artikel mit den Worten „auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung" bezüglich der persönlichen Klagen besagen wollte, darüber kann jedoch ein gegründeter Zweifel nicht bestehen. Nach der Erläuterung in den Motiven sollte ausgesprochen werden, daß unter der Voraussetzung eines rechtlichen Interesses des Klägers auch auf bloße Feststellung einer bestrittenen, erst künftig zu realisirenden Forderung geklagt werden könne. Es wollte sonach mit andern Worten bestimmt werden, daß unter der gedachten Voraussetzung ausnahmsweise die Klage auf Anerkennung der Existenz eines obligatorischen Anspruchs statthaft sei, wenn gleich die obligationsmäßige Leistung noch nicht gefordert werden könne und somit die Klage auf Erfüllung der Verbindlichkeit noch nicht geboren sei. Daß dieß der Sinn der Gesetzesbestimmung sein sollte, erhellt auch aus dem zweiten Absatze des Art. 319, wo als hauptsächliches Beispiel die Klage auf Anerkennung einer noch nicht fälligen oder bedingten Forderung genannt ist, und man wird sich daher bei der Auslegung und Anwendung der Gesetzesbestimmung lediglich hieran zu halten und von dem, den unterliegenden Gedanken nicht entsprechend wiedergebenden, Ausdruck des Gesetzes abzusehen haben. Zwar könnte der Zweifel entstehen, ob aus der Bestimmung, daß im Falle eines rechtlichen Interesses des Klägers an der sofortigen Feststellung eines Anspruchs diese Feststellung auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung im Wege der Klage geltend gemacht werden könne, nicht gefolgert werden müsse, daß umgekehrt in allen andern Fällen das Klagerecht durch eine vorausgegangene Rechtsverletzung bedingt sein solle, und es ist dieses Bedenken in der deutschen Civilprozeßkommission zu Hannover

Digitized by Google

unter Anderem gegen die Aufnahme einer der Bestimmung des Art. 319 ähnlichen Vorschrift in den Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung geltend gemacht worden.[38] Allein indem der Gesetzgeber seiner Ausdrucksweise eine unseres Erachtens unrichtige Theorie zu Grund gelegt hat, ist diese Theorie selbst nicht zum Gesetze geworden. Die dispositive Bestimmung des Gesetzes geht nach ihrem aus den Motiven sowohl, als aus dem zweiten Absatze des Art. 319 erhellenden Sinne nur dahin, daß die Klage auf Anerkennung der Existenz eines obligatorischen Anspruchs, unter der Voraussetzung eines rechtlichen Interesses des Klägers an der sofortigen Feststellung dieser Existenz, statthaft sei, wenn auch die Klage auf Erfüllung noch nicht nata geworden. Darüber dagegen, wann und unter welchen Voraussetzungen eine persönliche Klage auf Erfüllung als nata zu betrachten sei, wollte der Art. 319 seinem ganzen Zwecke nach offenbar keine Bestimmung treffen. Es kann daher auch in dieser Beziehung darauf, daß in dem ersten Absatze von Geltendmachung einer Klage ohne vorausgegangene Rechtsverletzung die Rede ist, ein Gewicht nicht gelegt werden.

Was die dinglichen Klagen betrifft, auf welche der Art. 319 ebenfalls bezogen werden muß, so wird allerdings nach den bestehenden civilrechtlichen Grundsätzen zu deren Nativität eine vorausgegangene Rechtsverletzung oder Rechtsstörung erfordert.[39] Allein in vielen Fällen ist die Erhebung einer dinglichen Klage ohne Rechtsverletzung oder Rechtsstörung überhaupt nicht denkbar, weil die Person des Beklagten erst durch die Rechtsverletzung oder Rechtsstörung bestimmt wird und es insolange, als nicht von einer bestimmten Person eine Verletzung oder Störung

---

[38] Protokolle der deutschen Civilprozeßkommission zu Hannover Bd. V, S. 1463.

[39] Vergl. übrigens dagegen Unger, österr. Privatrecht Bd. II, S. 382—385.

Digitized by Google

des dinglichen Rechtes erfolgt ist, auch an einem möglichen Beklagten fehlt. Es gilt dieß insbesondere von der konfessorischen und negatorischen Klage. Denn die letztere, welche zum Schutze des Eigenthums gegen die Anmaßung besonderer das Eigenthum beschränkender Rechte gegeben ist, ist ebendaher nur möglich, wenn sich Jemand ein solches das Eigenthum des Klägers beschränkendes Recht anmaßt, und damit das Recht des Eigenthümers auf die unbeschränkte Herrschaft über seine Sache verletzt. Die konfessorische Klage aber kann erst dann angestellt werden, wenn der Berechtigte in der Ausübung seines dinglichen Rechtes von Jemand gestört oder ihm doch dieses bestritten wird, da jene Klage ja eben nur gegen einen solchen Rechtsstörer gegeben ist. Das Vorausgehen einer Rechtsverletzung oder Rechtsstörung ist daher hier die Bedingung der Möglichkeit einer Klage überhaupt und es ist demzufolge auf Klagen dieser Art der in dem Art. 319 ausgesprochene Satz, daß das Recht, auf Anerkennung des bestrittenen Anspruchs zu klagen, nicht von dem Vorhandensein einer vorausgegangen Rechtsverletzung abhänge, nicht anwendbar. Auch die rei vindicatio und die publizianische Klage, da sie zum Schutze des Eigenthums gegen die Entziehung des Besitzes durch einen Dritten gegeben sind, werden ebendaher erst mit dem Augenblicke geboren, wo sich ein Dritter in einem dem Eigenthumsrechte des Klägers widerstreitenden Besitze befindet und das Recht des Eigenthümers somit durch Vorenthaltung der ihm gehörigen Sache verletzt ist. Es ist jedoch oben gezeigt worden, daß der Eigenthümer auch ohne Entziehung des Besitzes schon in Folge des von einem Dritten behaupteten Eigenthumsanspruchs ein rechtliches Interesse haben kann, daß sein Eigenthumsrecht sofort durch richterliches Urtheil festgestellt werde und für solche Fälle dient die Bestimmung des Art. 319. Denn indem hier ganz allgemein ausgesprochen ist, daß auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung auf Anerkennung eines Rechtes geklagt werden

Digitized by Google

könne, wenn nur der Kläger ein rechtliches Interesse dabei habe, ist damit auch die Klage auf Anerkennung des Eigenthumsrechtes ohne vorausgegangene Besitzentziehung für statthaft erklärt, und es kann demzufolge auch der besitzende Eigenthümer gegen einen Dritten, der das Eigenthum bestreitet, auf Anerkennung des Eigenthums klagen, wenn er an der alsbaldigen Feststellung des bestrittenen Eigenthumsrechtes ein rechtliches Interesse hat. Für Fälle dieser Art ist daher der Satz, daß, für den Fall eines seiten des Klägers vorliegenden rechtlichen Interesses an der sofortigen Feststellung eines streitigen Rechtsverhältnisses, diese Feststellung im Wege der Klage verlangt werden könne, wenn auch die betreffende Klage nondum nata sei, durch die Worte „auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung" zum entsprechenden Ausdrucke gekommen. Anderer Seits ist aber dadurch dem Bedürfnisse noch keineswegs genügt, wenn die Eigenthumsklage in der Richtung auf bloße Anerkennung des Eigenthumsrechtes ohne vorausgegangene Rechtsverletzung, also ehe sie nata geworden, zugelassen wird. Es gibt, wie oben gezeigt, Fälle, wo es auch nach eingetretener Rechtsverletzung der Anerkennungsklage bedarf, um dem Eigenthümer den erforderlichen Schutz zu gewähren, wenn z. B. der im Besitze befindliche Pächter oder Miether selbst Eigenthümer zu sein behauptet, der auf Restitution gehenden Vindikation aber die eventuelle Einrede aus dem Pacht- oder Miethvertrage entgegensteht. Man wird anzunehmen haben, daß auch dieser Fall durch die Bestimmung des Art. 319 getroffen werden wollte, wenn auch der erste Absatz zunächst nur ausspricht, daß die Feststellung eines Anspruchs im Wege der Klage vor deren Nativität verlangt werden könne. Denn kann mit einer Klage, ehe sie nata geworden, die Anerkennung und Feststellung des fraglichen Rechtsverhältnisses verlangt werden, so muß dieß noch mehr gelten, wenn die Klage bereits geboren ist und ihr nur eine dilatorische Einrede entgegen steht. Es spricht hiefür auch,

Digitized by Google

daß im zweiten Absatze des Art. 319 allgemein gesagt ist, daß unter der im ersten Absatze gemeinten Voraussetzung, wenn also der Kläger ein rechtliches Interesse dabei habe, daß der Anspruch alsbald durch das begehrte Urtheil festgestellt werde, auf Anerkennung eines Rechtes geklagt werden könne.

Auf diese Weise wird wohl auch ein weiterer Zweifel sich beseitigen lassen, welcher sich bezüglich des Umfangs der Bestimmung des Art. 319 an die Fassung des ersten Absatzes knüpft. Man wird annehmen müssen, daß in diesem Absatze die allgemeine Regel für das Klagerecht ausgesprochen sein soll. Nun geht aber diese Regel dem bereits Bemerkten zu Folge nur dahin, daß eine Klage auch, ehe sie nata geworden, in der Richtung auf Feststellung eines streitig gewordenen Anspruchs erhoben werden könne, wenn der Kläger an der sofortigen Feststellung ein rechtliches Interesse habe. Allein es gibt auch Fälle, wo es sich nicht davon handelt, ob die Feststellung eines Anspruchs im Wege der Klage vor deren Nativität verlangt werden könne, sondern ob überhaupt ein Klagerecht auf Anerkennung bestehe; wo, wie die Motive zu dem Art. 319 (328 des Entwurfes) besagen, Verhältnisse in Frage stehen, in welcher eine entsprechende Forderung des Klägers an den Beklagten nicht in Aussicht steht, oder überhaupt nicht in Frage kommt. Dahin gehören unter Anderem die Klage eines Forderungsprätendenten gegen den andern auf Anerkennung, daß ihm die Forderung zustehe, in Fällen, wo eine Forderung von Mehreren für sich beansprucht wird, indem entweder mehrere Cessionare unter sich oder der Cedent und ein Cessionar darüber streiten, wem von ihnen die Forderung zustehe. Ob auch dieses Klagerecht in dem Art. 319 habe anerkannt werden wollen, könnte nach der Fassung des ersten Absatzes zweifelhaft erscheinen, da bei jenem Klagerecht nicht die Zulassung einer Klage vor deren Nativität in Frage steht, sondern es sich darum handelt, ob ein Forderungsprätен-

Digitized by Google

dent gegen den andern überhaupt eine Klage auf Anerkennung, daß die Forderung ihm zustehe, habe, was von dem hiesigen Obertribunal, wie früher mitgetheilt worden, [40] bejaht worden ist und seine gute civilrechtliche Begründung hat. Nach dem zweiten Absatze des Art. 319, in welchem allgemein gesagt ist, daß unter der Voraussetzung eines rechtlichen Interesses des Klägers auf Anerkennung eines Rechtes geklagt werden könne, sowie nach den Motiven zu dem Entwurfe wird man jedoch anzunehmen haben, daß die Bestimmung des Art. 319 auch das gedachte Klagerecht in sich begreifen sollte. Denn es wird in den Motiven, nachdem zuvor auf die Praxis des Obertribunals hingewiesen worden, welche schon bisher „Anerkennungsklagen" unter der Voraussetzung des Art. 319 in weitem Umfange zugelassen habe, weiter bemerkt, daß der Abs. 2 des Artikels die zwei Hauptkategorieen solcher Klagen aufführe: Feststellung einer bestrittenen, erst künftig zu realisirenden Forderung, und Anerkennung eines Rechtes (beziehungsweise Negation eines Rechtes) in Verhältnissen, in welchen eine Forderung des Klägers an den Beklagten nicht in Aussicht stehe oder überhaupt nicht in Frage komme, wobei dann als Beispiel von Klagen der letzteren Art ausdrücklich die Klage auf Anerkennung einer Cession oder der Nichtexistenz einer Cession genannt wird. [41] Hieraus erhellt, daß bei der Bestimmung des Art. 319 auch das Klagerecht mehrerer Forderungsprätendenten gegen einander in's Auge gefaßt worden ist, und gesetzliche Anerkennung finden sollte. Bedenklich könnte in dieser Beziehung scheinen, daß nach der Bestimmung des Art. 319 die Klage an den Nachweis eines rechtlichen Interesses des Klägers an der sofortigen Feststellung des streitigen Rechtes geknüpft wird, während die Klage mehrerer For-

---

[40] Dieses Archiv Bd. XI, S. 143.

[41] Entwurf einer Civilprozeßordnung für das Königreich Württemberg mit Motiven Thl. II, S. 98.

Digitized by Google

berungsprätendenten gegen einander an sich schon civilrechtlich begründet ist, wie dieß schon früher nachzuweisen gesucht wurde. [42] Auf das praktische Resultat wird dieß jedoch nicht von Einfluß sein, da ein rechtliches Interesse an der sofortigen Feststellung, wem von mehreren Forderungsprätendenten eine Forderung zustehe, regelmäßig auf Seiten eines jeden desselben vorliegen wird. Denn, um den Schuldner mit Wirkung belangen zu können, hat Jeder seine Legitimation hiezu nachzuweisen, über diese aber kann nur in einem Streite zwischen den mehreren Forderungsprätendenten unter sich endgiltig entschieden werden, wie dieß in der früheren Mittheilung der dießfälligen Praxis des Obertribunals an der Hand der Dresdener Konferenzverhandlungen nachgewiesen worden ist. [43]

Der Art. 319 beschränkt die Statthaftigkeit der Anerkennungsklagen auf den Fall des Vorhandenseins eines rechtlichen Interesses des Klägers an der sofortigen Feststellung des streitigen Anspruchs oder Rechtsverhältnisses, während die badische Prozeßordnung, sowie der bayerische Entwurf die Klage auf Anerkennung eines Rechtsverhältnisses vor deren Nativität auch dann zulassen, wenn der Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend einwillige, und eine ähnliche Bestimmung auch im Schooße der deutschen Civilprozeßkommission zu Hannover beantragt worden war. Es ist jedoch jene Beschränkung nur zu billigen und man muß den Motiven zu dem Art. 319 beipflichten, wenn dieselben sich dahin aussprechen: „Ueber das durch ein rechtliches Interesse des Klägers an sofortiger Entscheidung bedingte Bedürfniß hinauszugehen, schien bedenklich, da das Rechtsverhältniß auch nach dieser Entscheidung leicht noch modifizirt und insoweit von Neuem in Streit gezogen werden kann; man hat daher nicht mit der badischen

---

[42] Vergl. Note 40.

[43] Dieses Archiv Bd. XI, S. 148 ff.

Digitized by Google

Prozeßordnung §. 256 die Einwilligung des Beklagten dem rechtlichen Interesse des Klägers gleichgestellt, wie ja überhaupt die Klagbarkeit eines Rechtsverhältnisses durch Gesetz und nicht durch Privatwillkühr bestimmt wird." [44] Auch bei den Verhandlungen der deutschen Civilprozeßkommission in Hannover wurde es für bedenklich erachtet, Klagen zuzulassen, welche lediglich von der Einwilligung des Gegners abhängen. [45]

Wohl zu beachten ist endlich noch die schließliche Bemerkung in den Motiven zu dem Art. 319, daß durch die Zulassung verfrühter Klagen wegen bedingter oder betagter Ansprüche der Fälligkeitstermin und die hieran sich knüpfenden civilrechtlichen Wirkungen, Verzug, Klagenverjährung u. s. w. nicht berührt werden. [46] In ähnlicher Weise sagen auch die Motive zu dem Entwurf einer bürgerlichen Prozeßordnung für den preußischen Staat, daß durch die fragliche Bestimmung nichts an dem geändert werde, was außer der Befugniß zur Klageanstellung nach bisherigem Rechte von dem Eintritt der Rechtsverletzung, der actio nata, abhängig gewesen. Es gelte dieß namentlich von der Extinktivverjährung. Werde Demjenigen, welcher behaupte, eine Forderung sub die oder conditione zu haben, sein Recht schon vor deren Eintritt von dem vorgeblichen Schuldner bestritten, so könne der Gläubiger sofort gegen den Schuldner mit dem Antrage klagen, ihn zur Zahlung der Schuld an dem bezeichneten Tage oder nach eingetretener Bedingung zu verurtheilen; die Klagenverjährung beginne gegen den Gläubiger jedoch erst von

---

[44] Entwurf einer Civilprozeßordnung für das Königreich Württemberg mit Motiven Thl. II, S. 98, 99.

[45] Protokolle der deutschen Civilprozeßkommission zu Hannover Bd. V, S. 1464, 1467.

[46] Entwurf einer Civilprozeßordnung für das Königreich Württemberg mit Motiven Thl. II, S. 99.

Digitized by Google

dem Eintritt des dies oder der conditio.[47] Was hier bezüglich der Verjährung der persönlichen Klagen gesagt ist, muß aber auch bezüglich der dinglichen Klagen gelten und es muß demzufolge allgemein daran festgehalten werden, daß durch die Bestimmung des Art. 319 an den geltenden Grundsätzen über den Beginn der Klagenverjährung nichts geändert worden ist.

---

2) Bemerkungen zu einigen Artikeln neuerer württembergischer Gesetze.

(Von Herrn Prof. Dr. Mandry in Tübingen.)

Das Gesetz vom 30. Juni 1865 in Betreff der Herabsetzung des Alters der Volljährigkeit.

Das Gesetz vom 30. Juni 1865 gibt, soweit es den Volljährigkeitstermin heruntersetzt (Art. 1) und soweit es über gewisse mit der Volljährigkeit eintretende Rechtswirkungen bestimmt (Art. 2, 4), zu keinen erheblichen Zweifeln Veranlassung. Soweit dasselbe dagegen in Art. 3 anordnet, daß die Fähigkeit zum Abschlusse verpflichtender Verträge und zur selbstständigen Prozeßführung unter gewissen Voraussetzungen und in gewissen Schranken auch den Minderjährigen zukommen solle, drängen sich manche Fragen auf, deren Entscheidung unmittelbar weder im Gesetze enthalten, noch aus dem ständischen Auslegungsmateriale entnommen werden kann.[1] So bestimmt

---

[47] Motive zu dem Entwurf einer bürgerl. Prozeßordnung für den preußischen Staat S. 50, 51.

[1] Der von der Regierung eingebrachte Gesetzesentwurf (Verh. d. K. d. Abg. v. 1862/4 Beil.-Bd. I, S. 104 f.) enthält den Artikel 3 nicht. Der erste Kommissionsbericht der zweiten Kammer (Berichterstatter: Mittnacht) ist deßhalb hieher nur insoferne von Bedeutung, als er in Anführung der bedeutenderen fremden Gesetzgebungen und Entwürfe auch solche erwähnt, die ähnliche Bestimmungen enthalten, beziehungsweise vorschlagen (a. a. O. S. 1406 f.).

Digitized by Google

Art. 3, Biff. 1: „Minderjährige, welche nach Maßgabe des Art. 2, Abs. 2 der Gewerbeordnung vom 12. Februar 1862 ein Gewerbe selbstständig betreiben, nachdem sie die dießfalls bestehenden Vorschriften erfüllt, insbesondere die Zustimmung ihres Vaters oder Vormundes erlangt haben, werden durch Verträge, welche diesen Geschäftszweig betreffen, verpflichtet.

In diesen Worten sind, wenn zu ihnen die Bestimmungen der im Gesetze selbst citirten Gewerbeordnung (Art. 2—6, Art. 50, 52—54) und der k. Verordnung vom 11. Juni 1862 (§§. 1—5, 7) beigezogen werden, die Voraussetzungen der ausnahmsweisen Verpflichtungsfähigkeit klar genug angegeben.

Auch der unmittelbare Inhalt der Ausnahmebestimmung läßt nur etwa in der Richtung Zweifel, ob die von Minderjährigen abgeschlossenen Verträge zutreffenden Falls, weil von einem Minderjährigen abgeschlossen, im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angefochten werden

---

Im Anschlusse an einen dieser Entwürfe, nämlich den damals nach den Resultaten der ersten Lesung vorliegenden Dresdener Entwurf eines gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse (Art. 24), wurde in den Verhandlungen der zweiten Kammer die Einschaltung eines Artikels in 4 Ziffern von dem Abgeordneten Seeger proponirt (Prot. Bd. I, S. 355 f.) und von der zweiten Kammer — nach vorgängigem, die Proposition eingehend besprechendem Berichte der Kommission (Beilageband I. 3, S. 1944 f.) — mit einem Zusatze zu Ziff. 1 angenommen (Prot. Bd. III, S. 1665 f.). Die erste Kammer nahm indeß auf den Antrag ihrer Kommission (Berichterstatter: von Bezzenberger — Verh. der Kammer der Standesherren Beilageband II., S. 447 f.) nur die zweite bis vierte Ziffer der Proposition an (Prot. der Kammer der Standesherren Bd. I, S. 339 f.). Schließlich kam mit diesem Inhalte das Gesetz zu Stande, da nach erstattetem dritten Berichte ihrer Kommission (a. a. O. Beilageband I. 3, S. 2451 f.) die zweite Kammer die Ziff. 1 fallen ließ (Prot. Bd. IV, S. 3225 f.) und die übrigen untergeordneten Differenzen bereinigt wurden.

Digitized by Google

können? Dieser Zweifel ist aber beseitigt durch den Inhalt der ständischen Verhandlungen, in denen die Absicht des Ausschlusses der Restitution wiederholt und ohne Widerspruch niedergelegt ist, (Prot. der Kammer der Abgeordneten Bd. III, S. 1672 f., 1677; Verh. der Kammer der Standesherren Beilageband II, S. 449), insoferne sich hieraus ergibt, daß das Gesetz, wenn es von „verpflichtet werden" spricht, den Eintritt einer vollkommen giltigen, nicht — auch nicht im Wege der Restitution wegen Minderjährigkeit — anfechtbaren Verpflichtung bezeichnen will.

Die Eruirung des mittelbaren Inhaltes des Gesetzes dagegen macht einige Schwierigkeiten. Deren Lösung setzt vor Allem die Konstatirung des Prinzipes voraus, das der betreffenden Bestimmung zu Grunde liegt. Als juristischer Ausgangspunkt ist nun entweder die Annahme anzusehen, daß der Vater oder Vormund, indem er der selbstständigen Niederlassung des Minderjährigen zustimmt, im Voraus seinen Konsens gebe zu den Verträgen, die der Minderjährige in Ausübung des von ihm ergriffenen Gewerbszweiges schließen werde; oder aber die Annahme, daß der Minderjährige, indem er in gesetzlich gestatteter Weise und unter Zustimmung der obrigkeitlichen Behörde einen selbstständigen Gewerbsbetrieb beginne, insoweit die rechtliche Stellung des Volljährigen erlange — also entweder die Annahme eines generellen Konsenses, oder einer partiellen Jahrgebung.

Die Vorgeschichte des Gesetzes gibt für die Beantwortung der Frage, ob der eine oder der andere Gedanke den Ausgangspunkt bilde, keinen sicheren Anhalt — wie denn überhaupt in Beziehung auf derartige Fragen die ständischen Verhandlungen, selbst wenn sie von einer anscheinend bestimmten Rechtsansicht zeugen, nur mit Vorsicht zu gebrauchen sind. Im gegebenen Falle fehlt es aber an einer solchen bestimmten und einheitlichen Anschauung. Der Berichterstatter der Kommission der zweiten Kammer weist zwar (Prot. Bd. III, S. 1672) behufs Beantwortung einer

Digitized by Google

Einzelfrage auf die Analogie der in der gemeinrechtlichen Praxis anerkannten theilweisen Jahrgebung hin: aber nicht nur tritt in den Erörterungen des Antragstellers und anderer Kammermitglieder die anderweite Auffassung in den Vordergrund (Prot. Bd. I, S. 356; Bd. III, S. 1670, 1674), sondern es stellt solche der Berichterstatter der Kommission der ersten Kammer selbst an die Spitze seiner Erwägungen („nach Ziff. 2 . . . soll die Erlaubniß des Vaters oder des Vormunds zu dem Gewerbebetriebe, d. h. zu allen bei diesem zum Abschlusse kommenden Verträgen als ertheilt betrachtet werden" — Beil.-Band II, S. 448). Auch die Verhandlungen der Dresdener Kommission, auf deren in erster Lesung gefaßte Beschlüsse — bei der späteren Lesung fielen die betreffenden Propositionen aus — der Antragsteller sich begründend berufen hat und aus deren Protokollen die auf diese Beschlüsse bezüglichen Stellen in den zweiten Bericht der Kommission der zweiten Kammer aufgenommen worden sind (Beil.-Band I. 3, S. 1944 und 1945), ergeben keine Sicherheit bezüglich des rechtlichen Ausgangspunktes: wenn sich auch nicht verkennen läßt, daß zwei von den drei Antragstellern vorwiegend aus der wirklichen oder präsumtiven Genehmigung des gesetzlichen Vertreters argumentiren.

Unter diesen Umständen ist es geboten, vor Allem den unmittelbaren Inhalt des Gesetzes in's Auge zu fassen und aus ihm das zu Grunde liegende Rechtsprinzip, soweit möglich, zu erheben. Da spricht nun zunächst gegen die Annahme einer in der Zustimmung zum Gewerbebetriebe enthaltenen Zustimmung zu den einzelnen Verträgen der Umstand, daß zu Ziff. 1 des Art. 3 dem Widerspruche des gesetzlichen Vertreters gegen den einzelnen Vertrag, auch wenn dieser Widerspruch dem dritten Kontrahenten bekannt geworden ist, keinerlei Bedeutung beigelegt werden will — ein Umstand, der durch den Gegensatz der Ziff. 1 zu der Ziff. 2 des Art. 3 zweifellos gemacht ist. Die gleiche Bedeutung käme weiterhin an und für sich dem Ausschlusse

Digitized by Google

der Restitution zu, da die im Voraus und im Allgemeinen abgegebene Zustimmung konsequenter Weise doch nicht größere Wirksamkeit haben kann, als die ausdrücklich und speziell ertheilte Genehmigung: das Argument verliert aber allerdings dadurch an Gewicht, daß die Restitution auch für den Fall der Ziff. 2 ausgeschlossen ist, die in dieser Ziffer enthaltene Bestimmung aber zweifellos auf der Präsumtion der Zustimmung beruht (vergl. unten). Ebenso würde sich bei jener Annahme die Bestimmung, daß die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen des selbstständigen Gewerbebetriebes eines Minderjährigen auch für die Verpflichtungsfähigkeit maßgebend sein sollen, nur schwer oder — wenigstens bei Festhaltung juristischer Konsequenz — nicht erklären lassen. Denn wenn die Zustimmung zum Ergreifen eines bestimmten Gewerbes die Zustimmung zu den im Zusammenhange mit dem Gewerbebetriebe stehenden Vertragsschlüssen enthält: warum sollte jene generelle Zustimmung die Verpflichtungsfähigkeit nicht auch bewirken in Fällen, in denen zwar thatsächlich ein selbstständiger Gewerbebetrieb vorliegt, aber der Ortsobrigkeit nicht Anzeige gemacht, oder die Bescheinigung über die Anzeige von der Ortsobrigkeit nicht oder nicht in der gehörigen Weise ausgestellt worden ist? nicht auch bewirken in Beziehung auf Gewerbe, deren selbstständiger Betrieb von dem polizeilichen Standpunkt der Gewerbeordnung aus den Minderjährigen nicht offen gestellt ist? Uebrigens kommt diesem Beweisgrunde nicht blos negative, sondern auch positive Bedeutung zu, insoferne die gesetzliche Aufstellung jener Voraussetzung direkt auf das Prinzip der theilweisen Jahrgebung hinführt, — der theilweisen Jahrgebung, welche die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis, soweit sie solche überhaupt adoptiren zu können vermeint, in der öffentlichen Konzession zu dem Betriebe eines Gewerbes, einer Kunst u. s. f. sieht.

Indessen ist nicht blos hiedurch, sondern auch durch mehrfache Aeußerungen in Kommissionsberichten und Kammerverhandlungen (Verh. der Kammer der Abg. Prot.

Digitized by Google

Bd. III, S. 1672, 1679 u. a. a. O.) der Zusammenhang der neuen gesetzlichen Bestimmung mit jener gemeinrechtlichen Ansicht und hiemit noch speziell die Berechtigung und Verpflichtung dargethan, behufs Beantwortung der aufgeworfenen Frage auf diese Ansicht zurückzugreifen und die gesetzliche Bestimmung in ihrem Zusammenhang mit dem bisherigen Rechte beziehungsweise mit Demjenigen aufzufassen, was bisher im Allgemeinen als Recht angesehen worden ist. Der sehr allgemein aufgestellte Satz nun, daß der auf Grund öffentlicher Ermächtigung begonnene Gewerbebetrieb eines Minderjährigen dessen rechtliche Stellung verändere, ist, soweit ich sehe, nirgends auf die wirkliche oder präsumtive Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Gewerbebetriebe und hiemit zum Abschlusse der einzelnen auf letzteren bezüglichen Verträge gestützt. Dieß war und ist schon darum nicht wohl möglich, weil die Frage vorzugsweise oder ausschließlich mit Rücksicht auf das Restitutionsbenefizium der Minderjährigen ventilirt, vorzugsweise oder ausschließlich der Ausschluß dieses Benefiziums zu begründen versucht wird. Dem entsprechend wird denn auch die These, soweit nicht unmittelbar aus den gesetzlichen Bestimmungen über Restitution ein vermeintlicher Grund für solche entlehnt wird, namentlich in der neueren Doktrin überall auf die Analogie der Bestimmungen über die Jahrgebung gestützt, überall in der Ermächtigung zum Gewerbebetriebe eine Art Jahrgebung gesehen.[2]

[2] Zuerst scheint der Satz, nach dem Vorgang der Glosse zu l. 6, C. muner. patr. (10, 41), allgemein dadurch fundirt worden zu sein, daß auf die turpitudo hingewiesen wird, die in der Behauptung der Saumseligkeit, Unwissenheit und Nachlässigkeit in Geschäften, zu deren Betrieb man öffentlich auktorisirt sei, gefunden werden müsse. Vergl. namentlich Sfort. Oddi de rest in integr. I, qu. 23, art. 4. An die Stelle dieser Argumentation tritt schon bei Vinnius quaest. sel. I. 13 der Versuch, den Ausschluß der Restitution dadurch zu erklären, daß der Mangel einer oder der anderen Restitutionsvoraussetzung behauptet wird. Nachdem dann — namentlich in Folge der Bemerkungen Weber's: Die natür-

Digitized by Google

Aber allerdings hat diese angebliche Jahrgebung keinen anderen Zweck, als der durch die Anforderungen des Lebens nothwendig gewordenen Annahme der vollen Verpflichtungsfähigkeit ein juristisches Fundament zu geben. Eben deßhalb ist sie auch in ihren Wirkungen außerordentlich beschränkt und reicht in solchen nicht hinaus über die Rechtsgeschäfte, welche im Bereiche des Gewerbebetriebes zwischen dem Minderjährigen und Dritten abgeschlossen werden. Diese Rechtsgeschäfte läßt sie als vollwirksam erscheinen, wie wenn sie von einem Volljährigen eingegangen wären — während sie im Uebrigen den Rechtszustand des Minderjährigen nicht verändert, die rechtlichen Konsequenzen der Minderjährigkeit nicht beseitigt.

Daß diese Auffassung auch dem Art. 3 zu Grunde liegt, solcher also — jedenfalls in der Hauptsache — als Kodifikation des in der gemeinrechtlichen Praxis und Doktrin hervorgetretenen Rechtssatzes anzusehen ist, darf unbedenklich angenommen werden. Für die Annahme, daß der Minderjährige unter den in Ziff. 1 des Artikels angeführten Voraussetzungen dem Volljährigen gleichstehe, nicht dem mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters handelnden Minderjährigen, liefern die oben angeführten Argumente, sowie der ausgesprochene und zweifellose Zusammenhang mit der gemeinrechtlichen These einen ausreichenden Beweis

---

lichen Verbindlichkeiten S. 223, Note 7 — die Unmöglichkeit einer derartigen Begründung eingesehen wird, tritt die gelegentlich schon früher geltend gemachte selbstständige Bedeutung der öffentlichen Konzession und hiemit die Analogie der Jahrgebung in den Vordergrund. Vergl. außer den schon citirten Schriften Leyser, Med. Spec. 60, med. 6—8; Hofacker, Princ. Tom. II, §. 822; Glück, Komm. Bd. V, S. 546 f.; Bd. XXXI, S. 155; Thibaut, Pandekten §. 1010; Burchardi, Wiedereinsetzung S. 222 f.; Mühlenbruch, Doctr. T. II. §. 323 in fine; Puchta, Pand. §. 103, Note h; Vangerow, Pandekten Bd. I, §. 183, Anm. 2 am Schlusse; Arndts, Pandekten §. 119 am Schlusse; Windscheid, Pandekten §. 117, Note 4; daneben Seuffert, Archiv Bd. V, Nr. 138; Reyscher, württemb. Privatrecht, §. 162, a; Sarwey, Monatschrift Bd. II, Beilageheft S. 36, u. a. a. O.

Digitized by Google

— ohne daß auf einzelne übereinstimmende Aeußerungen in Kommissionsberichten und Kammerverhandlungen (Prot. der Kammer der Abg. Bd. III, S. 1672; Verh. der Kammer der Standesherren Beil.-Band II, S. 449 u. a. a. O.) ein großes Gewicht gelegt werden müßte. Die weitere Annahme aber, daß diese Gleichstellung des Minderjährigen mit dem Volljährigen sich beschränke auf das Verhältniß, das zwischen dem Minderjährigen und Dritten durch das Gewerbe betreffende Geschäfte begründet werden will und wird, wird bewiesen durch den unmittelbaren Inhalt des Artikels, durch das Bedürfniß, das zu seiner Proposition und Annahme geführt hat — dritte Kontrahenten gegen die aus der Ungiltigkeit der Verträge resultirenden Nachtheile zu schützen (Prot. der Kammer der Abg. Bd. I., S. 356; Bd. III, S. 1670; Beil.-Band I, S. 1948; Verh. der Kammer der Standesherren Beil.-Band II, S. 449) —; endlich durch die Ablehnung einer Bestimmung über das Nutznießungsrecht des Vaters, welche die Kommission der zweiten Kammer unter Beistimmung der gesetzgebenden Faktoren ausdrücklich nur für die später abgelehnte Ziff. 1 des Antrages [3] proponirt, für die Ziff. 2 desselben (Ziff. 1 des Gesetzes) aber absichtlich bei Seite gelassen hatte (Beil.-Bd. I, S. 1948).

Nach dieser Feststellung des Ausgangspunktes lassen sich die einzelnen zweifelhaften Punkte ohne große Schwierigkeit festsetzen:

1) Unter den Voraussetzungen des Art. 3, Ziff. 3, sind Veräußerungsverträge, welche im Zusammen-

[3] Ziff. 1 des Antrags lautete in wörtlicher Aufnahme des Art. 24, Abs. 1 des Dresdener Entwurfes erster Lesung: „Minderjährige, welche von ihren Eltern, ihrem Vormunde, oder von dritten Personen Vermögen zur freien Verfügung erhalten, sowie die nicht mehr in der Verpflegung und dem Unterhalte ihrer Eltern stehenden Minderjährigen, welche durch eigene Thätigkeit Vermögen erworben haben, können sich, soweit dieses Vermögen reicht, durch Verträge verpflichten."

Digitized by Google

hang mit dem ergriffenen Geschäftszweige stehen, rechtsgiltig, auch wenn die Vorschriften der Art. 20 und 21 des Notariatsgesetzes nicht beobachtet sind. Das gefundene Prinzip führt von selbst auf diese Konsequenz; das Gesetz aber spricht ganz allgemein von Verträgen, ohne die Veräußerungsverträge auszunehmen, steht also der Anerkennung jener Konsequenz nicht im Wege. Und zwar entsteht nicht blos eine Verpflichtung des Minderjährigen zur Uebergabe, sondern es ist die Veräußerung selbst wirksam — wie denn einer Seits schon in der Anerkennung der Entstehung einer rechtsgiltigen Verpflichtung eine Durchbrechung des im Notariatsgesetze aufgestellten Grundsatzes enthalten, anderer Seits ohne die Anerkennung der Veräußerungsbefugniß selbst weder dem praktischen Zwecke des Gesetzes, noch seinem rechtlichen Prinzipe genügend Rechnung getragen wäre.

Auch bietet Art. 7 letzter Absatz des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche vom 13. August 1865 einen speziellen Anhaltspunkt für die Giltigkeit sowohl der Veräußerungsverträge, als der Veräußerung selbst dar — einen Anhaltspunkt, der um so beachtenswerther ist, als einzelne der den Minderjährigen offenstehenden Gewerbe kaufmännische Gewerbe im Sinne des Handelsgesetzbuches sind. (Vgl. namentlich Art. 10 des Handelsgesetzbuches mit Art. 2, Abs. 2 der Gewerbeordnung.)

Ob es allgemeinen Grundsätzen nach gerechtfertigt wäre, auch die in diesem Artikel enthaltene Ausnahme der unbeweglichen Sachen (vergl. auch Art. 275 des Handelsgesetzbuches) hieher zu übertragen, kann dahin gestellt bleiben. Denn es läßt sich kaum denken, daß mit dem Betriebe derjenigen Gewerbe, die den Minderjährigen offen stehen, ein Immobilien betreffendes Veräußerungsgeschäft in demjenigen Zusammenhang stehen könnte, welchen Ziff. 1 des Art. 3 verlangt.

2) Soweit die Minderjährigen in Beziehung auf Ansprüche Dritter und gegen Dritte gesetz-

Digitized by Google

lich privilegirt sind, fallen die Rechtswohlthaten bezüglich der gewerblichen Ansprüche und Schulden weg.

Die Konsequenz liegt auf der Hand; der oben konstatirte Wille der gesetzgebenden Faktoren bezüglich des Ausschlusses der Restitution beweist ihre Kongruenz mit dem Willen des Gesetzgebers; die Bestimmung des Art. 7, Abs. 1 des Handelsgesetzbuches endlich, der den Satz ausdrücklich ausspricht, unterstützt auch hier die Adoption des Folgesatzes im ganzen Umfange, der sich nach dem aufgestellten Prinzipe darbietet.

Bei der verhältnißmäßig untergeordneten Bedeutung dieser Rechtswohlthaten mag übrigens eine Aufzählung der einzelnen unterlassen, auf den Bericht der Kommission der zweiten Kammer zu dem Gesetzesentwurfe, betreffend die Einführung des Handelsgesetzbuches (Verh. d. Kammer d. Abg. Beil.-Bd. I, S. 276 f.) verwiesen und nur bemerkt werden, daß der an die Spitze gestellte Satz den Ausschluß der die Ersitzung und die Cession von Forderungen an den Vormund betreffenden Privilegien (Bericht Ziff. 4 und 7) nicht rechtfertigen möchte.

3) Die Verpflichtungen des gewerbetreibenden Minderjährigen sind giltig und klagbar ihrem ganzen Umfange nach, nicht blos bis zu dem Betrage des Gewerbevermögens. Würde die Ziff. 1 zu ihrem rechtlichen Fundamente die Einwilligung des gesetzlichen Stellvertreters haben, so ließe sich immerhin denken, daß dieselbe aufzufassen wäre als Einwilligung in die Verwendung des eingeräumten, überlassenen oder erworbenen Gewerbevermögens zu Zwecken des Gewerbebetriebes (Landrecht Thl. II, Tit. 28, §. 4). Dann würde sich auch die Verpflichtbarkeit durch den jeweiligen Umfang des Gewerbevermögens beschränken — ähnlich, wie dieß in der schließlich abgelehnten Ziff. 1 des Seeger'schen Antrages ausdrücklich auszusprechen beabsichtigt war. Wenn dagegen der gewerbetreibende Minderjährige in gewerblichen Be-

Digitized by Google

ziehungen zu Dritten dem Volljährigen gleichsteht, so kann die Verpflichtungsfähigkeit nicht beschränkt sein. Den Beweis hiefür liefert auch hier die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis, die, soweit sie die sogenannte theilweise Jahrgebung anerkennt, zwar überall Zusammenhang der Verträge mit dem Gewerbe, nirgends dagegen eine auf den Umfang des Gewerbevermögens beschränkte Haftbarkeit statuirt.

Daß diese Konsequenz dem Willen des Gesetzgebers entspricht, beweist einmal der Wortlaut der Ziff. 1, die einfach und ohne Beifügung einer Schranke den Minderjährigen für verpflichtungsfähig erklärt; dann aber und namentlich das Verhältniß dieser unbeschränkt redenden Ziff. 1 des Art. 3 (Ziff. 2 des Antrages) zu dem im ursprünglichen Antrage unmittelbar vorangehenden Satze (Ziff. 1 des Antrages), der die Minderjährigen sich nur so weit verpflichten läßt, als das in Frage stehende Vermögen reicht (vergl. oben Note 3).

4) Die Rechte des Vormundes und des Vaters werden soweit, aber auch nur soweit, alterirt, als dieß behufs der vollständigen Durchführung der Verpflichtungsfähigkeit des minderjährigen Gewerbetreibenden nothwendig ist.

Dieß ergibt sich ebenfalls aus dem aufgestellten Prinzipe der beschränkten und partiellen Jahrgebung und ist überdieß als dem Willen des Gesetzgebers entsprechender Grundsatz schon oben durch Hinweis auf den das Nutznießungsrecht der Eltern betreffenden Kommissionsvorschlag dargethan.

Aus dem Grundsatze ergeben sich nachbezeichnete Folgesätze:

a) Der Vormund muß die Gewerbsschulden des Mündels bezahlen, beziehungsweise bezahlen lassen, nicht blos aus dem Gewerbevermögen, sondern auch aus dem sonstigen in seiner Verwaltung stehenden Vermögen des Mündels. Auch wird aus der Selbstständigkeit des Mündels in Beziehung auf die Eingehung von gewerblichen Verbindlich-

Digitized by Google

keiten gefolgert werden müssen, daß, soweit es sich um die Eingehung solcher Vertragsverhältnisse mit Dritten handelt, der Vormund als solcher nicht eingreifen, also auch den Mündel durch von ihm abgeschlossene Verträge nicht verpflichten kann. Abgesehen hievon aber dauern seine vormundschaftlichen Befugnisse durchaus fort und zwar auch in Beziehung auf den Gewerbebetrieb und das Gewerbevermögen, so daß er namentlich durch Zurückziehung seiner Zustimmung zum Gewerbebetriebe die selbstständige Verpflichtungsfähigkeit des Mündels aufheben, durch Einziehung des in Händen des Mündels befindlichen Vermögens diesem die thatsächliche Verwaltung entziehen kann.

b) Das Gleiche gilt vom Vater, soweit er nur als gesetzlicher Vormund in Betracht kommt. Was sein Nutznießungsrecht betrifft, so wird es nicht einmal in Beziehung auf das Gewerbevermögen, beziehungsweise den durch den Gewerbebetrieb gemachten Erwerb ausgeschlossen, geschweige denn in Beziehung auf anderes Vermögen. Auch dieß folgt aus dem aufgestellten Grundsatze und wird speziell dadurch bestätigt, daß die Kommission der zweiten Kammer, die bezüglich der ausgefallenen Ziff. 1 des Antrages den Ausschluß des elterlichen Nutznießungsrechtes beantragt hatte, einen solchen Ausschluß zu der jetzigen Ziff. 1 nicht für geboten hielt — eine Anschauung, der die gesetzgebenden Faktoren durch Adoption der betreffenden Ziffer ohne weiteren Beisatz beigetreten sind.

Aber führt das an die Spitze gestellte Prinzip nicht zu der Konsequenz, daß das elterliche Nutznießungsrecht der Bezahlung der Gewerbsschuld aus dem Vermögen des Minderjährigen, oder wenigstens aus dem Gewerbevermögen nicht entgegengestellt werden darf? Bezüglich des Gewerbevermögens ist die Frage zweifellos zu bejahen; denn abgesehen davon, daß der Zweck des Gesetzes in höchst unvollkommener Weise erreicht würde, wenn der minderjährige Haussohn zwar gleich einem Volljährigen verpflichtet würde, eine Durchführung des Anspruches aber für die Regel auf-

Digitized by Google

geschoben werden müßte, bis das Kind volljährig wird und aus Zucht und Unterhaltung der Eltern kommt (Landrecht Thl. IV, Tit. 9, §. 2); abgesehen weiter davon, daß die Täuschung der Gläubiger, deren Verhinderung das Gesetz anstrebt, gerade zur Regel gemacht würde, wenn nicht einmal dasjenige Vermögen alsbald in Anspruch genommen werden dürfte, das sich äußerlich als selbstständiges Vermögen des Gewerbetreibenden darstellt, bietet das geltende Recht in der pekuliaren Haftung des Hausvaters bei Einräumung eines Pekulium (peculium profectitium) und namentlich eines Pekulium, das zum Betriebe eines Gewerbes verwendet wird, eine sehr beachtenswerthe und völlig ausreichende Analogie dar (Landrecht Thl. II, Tit. 28, §. 4).

Bezüglich des übrigen Kindesvermögens, das der Vater in Nutznießung hat, führt das aufgestellte Prinzip zu der Folgerung, daß die gewerblichen Ansprüche um des entgegengesetzten Nutznießungsrechtes willen dann nicht durchgeführt werden können, wenn für sie auch im Falle wirklicher Volljährigkeit des gewerbetreibenden Hauskindes das betreffende Vermögen nicht in Anspruch genommen werden könnte. Dieß ist nun aber nicht blos der Fall bei dem sogenannten hinterfälligen Vermögen, das der Vater lebenslänglich in Nutznießung hat (Landrecht Thl. IV, Tit. 7, §. 4), sondern auch bei dem gewöhnlichen Adventizgut. Denn das Nutznießungsrecht des Vaters auch an diesem Vermögen hört nicht nothwendig mit erreichter Volljährigkeit auf, sondern setzt weiterhin entweder Verheirathung oder Heraustreten aus der elterlichen Zucht und Unterhaltung voraus (Landrecht Thl. IV, Tit. 9, §. 2); selbstständiger Gewerbebetrieb des Minderjährigen aber und namentlich Betrieb der einem Minderjährigen allein offenstehenden Gewerbe bedingt keineswegs nothwendig oder auch nur regelmäßig Trennung vom elterlichen und Gründung eines eigenen Haushaltes im Sinne vom Landrecht Thl. II, Tit. 18, §. 7.

Wenn und soweit freilich im konkreten Falle Letzteres

Digitized by Google

zutrifft, kann das Adventizgut unbedenklich in Anspruch genommen werden; denn entweder ist solches bei Zutreffen der angeführten Voraussetzung nicht mehr Adventizgut, sondern freies Vermögen des Kindes — so nach der Ansicht Derjenigen, welche die väterliche Gewalt auch mit der während der Minderjährigkeit eintretenden separatio oeconomiae, und mit der Aufhebung der Gewalt das Nutznießungsrecht sich endigen lassen; — oder es ist doch allein der Mangel der Volljährigkeit als Grund der Existenz des ususfructus paternus anzusehen — so, wenn entweder Aufhebung der Gewalt vor erreichter Volljährigkeit, beziehungsweise ohne gleichzeitige Erlangung derselben nicht möglich sein, oder der Aufhebung der Gewalt unerachtet das Nutznießungsrecht bis zum Volljährigkeitstermin fortdauern sollte. [4]

---

[4] Für die Entscheidung der im Texte angeregten Frage möchten folgende Punkte als maßgebend erscheinen:

1) Das Aufhören „der Zucht und Unterhaltung der Eltern" (Landrecht Thl. IV, Tit. 9, §. 2) fällt zusammen mit der separatio oeconomiae (Landrecht Thl. II, Tit. 18, §. 7). Dieß zeigt das Freiburger Stadtrecht von 1520 (Thl. III, Tit. 3. §. Wann Nutzung und Nießung: Die vorberürt Nutzung und nieſſung hört nicht ee uff, dann biß die Kind außgestürt werden, und uß des vatters handen und gewalt kommen, und in eigener Hußhaltung ſind, irs eignen guts geleben müſſen . . .); zeigen das erste und zweite Landrecht (Rieke, Gerichtsgesetze Bd. 1, S. 382), die nicht blos vom Aufhören der Unterhaltung und Zucht der Eltern reden, sondern auch von „berhaten oder außsteuern" (vgl. namentlich mit §. Wann es sich auch begebe den §. Was aber den Kindern); zeigen endlich die Landrechtsakten, namentlich auf S. 212, woselbst Haug ausdrücklich auf die Erwähnung der separatio oeconomiae in den späteren Theilen des Landrechtes verweist.

2) Die separatio oeconomiae ist rechtlich möglich, sobald das Kind mündig geworden ist. Dieß ergibt sich aus Landrecht Thl. II, Tit. 18, §. 7, woselbst nach Auskunft der Landrechtsakten (S. 212) unter „mannbaren Jaren" unmöglich der Volljährigkeitstermin verstanden sein kann. Die Altersbestimmung von Landrecht Thl. IV, Tit. 9, §. 2, 5; Tit. 12, §. 1 (fünf und zwanzig

Digitized by Google

Diese Schlußfolgerungen werden, der Nichtaufnahme einer Bestimmung über das Nutznießungsrecht unerachtet,

---

Jahre) kann also nicht die rechtliche Zulässigkeit der separatio oeconomiae zu begrenzen bestimmt sein.

3) Das erste und zweite Landrecht (vgl. oben Ziff. 1) erwähnen der 25 Jahre nicht, wohl aber sprechen sie von dem „mannbaren oder vollkommenen Alter" der Kinder — jedenfalls ohne der Erreichung dieses Alters eine selbstständige Bedeutung für die Beendigung des Nutznießungsrechtes beizulegen (vergl. auch drittes Landrecht Thl. IV, Tit. 13, §. 1). Warum im dritten Landrechte, welches das zweite in den hieher gehörenden Paragraphen wenigstens formell ziemlich erheblich abänderte, diese Ausdrucksweise durch die Anführung der 25 Jahre ersetzt worden ist, ist aus den Landrechtsakten nicht zu entnehmen, sei es, weil Eisengrein die von ihm proponirten Aenderungen nicht in die Relation aufgenommen, sondern seinem verloren gegangenen Landrechtsexemplare ad marginem beigesetzt hatte (Landrechtsakten S. 511), sei es — und dieß ist nach dem Inhalt der Landrechtsakten viel wahrscheinlicher (vergl. z. B. S. 520) — weil erst die Superrevisoren die betr. Aenderung vorgenommen haben. Die im letztgesetzten Falle nächstliegende Annahme, daß Enzlin die neuere Anschauung, wornach separatio oeconomiae vor erreichter Volljährigkeit nicht möglich sein sollte (Kraut, Vormundschaft Thl. II, S. 649 f.), habe zur Geltung bringen wollen, ist wegen Landrecht Thl. II, Tit. 18, §. 7 vom Standpunkte des in sich harmonischen Gesetzes aus nicht möglich (vergl. oben Ziff. 1); es muß deßhalb auch für diesen Fall angenommen werden, was für den entgegengesetzten Fall ohnedieß der allein richtige Ausgangspunkt ist, daß das dritte Landrecht an die früheren Landrechte sich anschließt, und den in den Relationen niedergelegten Anschauungen der Kommission Rechnung trägt — natürlich soweit nicht der Wortlaut des Landrechts eine Abweichung nach der einen oder anderen Richtung hin zweifellos statuirt. Wird hievon ausgegangen, so ist

a) zweifellos, daß das dritte Landrecht, so wenig als das erste und zweite Landrecht und als die Landrechtskommission, so wenig ferner als das gemeine Recht (Kraut a. a. O. 646) die Erreichung des 25. Lebensjahrs oder überhaupt die Erlangung der Volljährigkeit zur Aufhebung des Nutznießungsrechtes hinreichen läßt — dieses Archiv Bd. VI, S. 246 —;

b) kaum in höherem Grade zweifelhaft, daß das 25. Jahr

Digitized by Google

durch den Inhalt des Gesetzes und der ständischen Verhandlungen zum Mindesten nicht beseitigt. Denn die zu Ziffer 1 des Antrags proponirte Bestimmung („es ist

---

keine selbstständige Bedeutung hat, sondern nur als Termin der Volljährigkeit in Betracht kommt, ebendeßhalb auch durch anderweite Erlangung der Volljährigkeitsrechte ersetzt werden kann. Da dieser Punkt durch Art. 4 des Gesetzes vom 30. Juni 1865 außer Zweifel gesetzt ist, mag seine Begründung unterbleiben.

c) Zweifelhafter ist die Frage, welche Bedeutung nach dem Landrechte der Volljährigkeit zukommt. Eine Bedeutung für die separatio oeconomiae selbst kann sie nach Landrecht Thl. II, Tit. 18, §. 7 nicht haben; die Anführung der 25 Jahre als rein enunciativ zu betrachten, ist wohl bei der Fassung des ersten und zweiten, nicht aber bei der des dritten Landrechtes thunlich; die Annahme, daß der Volljährigkeit erwähnt werde, weil vor ihrer Erlangung der Parens die separatio oeconomiae verhindern könne (Kraut a. a. O. S. 656), will mit Zweck und Inhalt der betreffenden Landrechtsbestimmungen nicht harmoniren. So bleibt nur die Annahme übrig, daß das Landrecht, obwohl es die Auflösung der väterlichen Gewalt durch separatio oeconomiae vor erlangter Volljährigkeit anerkennt, doch mit einer solchen Separation, wenn sie nicht gelegentlich der Verheirathung des Kindes erfolgt, das Nutznießungsrecht der Eltern nicht aufgehoben, solches vielmehr noch bis zur Verheirathung oder Erlangung der Volljährigkeit fortdauernd wissen will. Für diese Auslegung spricht speziell die Parallele des §. 2 mit dem §. 1 in Landrecht Thl. IV, Tit. 9, die Nebeneinanderstellung von Verheirathung (vgl. hierüber Wächter, württ. Privatrecht Bd. I, S. 456, 457) und Erreichung des 25. Lebensjahres, endlich, daß das minderjährige, nicht in die Gewalt des Ehemanns kommende Kind für die Verwaltung seines Vermögens trotz der Aufhebung der Gewalt der Eltern nicht befähigt ist, also die Fortdauer der Verwaltungsbefugniß des Parens geboten, hiedurch aber auch Veranlassung gegeben ist, das Nutznießungsrecht des verwaltenden Parens noch bestehen zu lassen. — vgl. auch Griesinger, Kommentar Bd. IX, S. 677 f.; Boscher, Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. IX, S. 172; (Obertrib.-Erk. vom 7. Sept. 1866: „Es dauert nach württ. Rechte die Nutznießung des Vaters, der Errichtung eines eigenen Haushalts des Kindes ungeachtet, bis zu erlangter Volljährigkeit desselben fort.") Kommissionsbericht der zweiten Kammer Beil. Bd. I, Abth. 2, S. 1418.

Digitized by Google

bezüglich dieses Vermögens das elterliche Nutznießungsrecht ausgeschlossen"), hatte nicht etwa nur den Zweck, die Geltendmachung des Nutznießungsrechtes gegenüber den Ansprüchen der Gläubiger auszuschließen, sondern dieses Nutznießungsrecht selbst aufzuheben; indem nun die Kommission zu Ziffer 2 des Antrages (Ziff. 1 des Gesetzes) erklärte: daß eine weitere Beschränkung des Nutznießungsrechtes nicht empfohlen werden könne (Verh. der Kammer der Abg. Beil. Bd. I. Abth. 3, S. 1948), sprach sie sich zwar gegen die absolute Aufhebung des Nutznießungsrechtes am Gewerbevermögen aus — theilweise war diese Aufhebung durch die Ziff. 1, deren Aufnahme ins Gesetz vorausgesetzt, allerdings erfolgt, — keineswegs aber gegen eine etwaige Rückwirkung der einzuräumenden Verpflichtungsfähigkeit auf das in Nutznießung stehende Vermögen. Und noch weniger läßt sich für die gesetzgebenden Faktoren eine solche weitergehende Absicht erweisen — wenn auch einzelne Mitglieder der zweiten Kammer bei der Berathung der schließlich abgelehnten Ziff. 1 davon ausgegangen zu sein scheinen, daß Aufhebung des Nutznießungsrechtes und Möglichkeit der Exekution in das pec. adv. regulare sich decken (Verh. der Kammer der Abg. Bd. III, S. 1675, 1679).

Schließlich mag bemerkt werden, daß das bezüglich des väterlichen Nießbrauches Angeführte für den solchem gleichstehenden Nießbrauch der Mutter ebenso Geltung beanspruchen kann; daß ferner die exceptio Senatusconsulti Macedoniani — wenn sie nicht schon durch Landrecht Thl. II, Tit. 28, §. 4 in allen hieher gehörenden Fällen ausgeschlossen sein sollte — im Sinne der Ziff. 1 des Art. 3 den Geschäftsgläubigern nicht entgegen gehalten werden kann; endlich daß, soweit Art. 3, Ziff. 1 den Gläubigern eines minderjährigen Hauskindes mehr Rechte einräumen sollte, als den Gläubigern volljähriger Hauskinder nach bisherigem Rechte zugestanden haben, die Uebertragung und analoge Anwendung der Ziff. 1 auf voll-

Digitized by Google

jährige mit Einwilligung des Hausvaters gewerbetreibende Hauskinder keinem Anstande unterliegt (vgl. auch Prot. der Kammer der Abg. Bd. III, S. 1673).

Die Biff. 2 des Art. 3, die folgendermaßen lautet:

„Minderjährige, welche nicht mehr in der Verpflegung und dem Unterhalte ihrer Eltern oder ihrer Pfleger stehen, können durch Dienstverträge sich verpflichten, insoweit es sich dabei blos um ihre persönlichen Dienstleistungen handelt und die von ihnen in diesen Verträgen übernommenen Verpflichtungen den regelmäßigen nach örtlichem, beziehungsweise gewerblichem Herkommen zu bemessenden Umfang der an das betreffende Dienstverhältniß sich knüpfenden Verbindlichkeiten nicht überschreiten. Eine Ausnahme tritt ein, wenn ihnen die Verdingung im Allgemeinen oder der Abschluß des einzelnen Vertrages von ihrem Vater oder Vormund untersagt worden und dieß dem andern vertragschließenden Theile zur Zeit des Vertragsabschlusses bekannt war.

Auch kann die alsbaldige Auflösung des von einem Minderjährigen abgeschlossenen Dienstvertrages von seinem gesetzlichen Vertreter dann gefordert werden, wenn durch die Fortsetzung des Dienstverhältnisses Gesundheit, Sittlichkeit oder der gute Ruf des Minderjährigen bedroht ist,"

bereitet der Auslegung erheblich weniger Schwierigkeiten, theils weil das zu Grunde liegende Prinzip aus dem Gesetze selbst und seiner Vorgeschichte zweifellos resultirt, theils weil eine Reihe von Detailfragen sich mit Hilfe

Digitized by Google

der ständischen Verhandlungen unmittelbar beantworten läßt.

Was nämlich den rechtlichen Grund betrifft, auf den diese Bestimmung basirt ist, so führt die im Gesetze getroffene Ausnahme, vermöge deren ein dem dritten Kontrahenten bekannt gewordener Widerspruch des Vaters oder Vormunds die Verpflichtungsfähigkeit ausschließt, mit Nothwendigkeit zu der Annahme, daß die präsumtive und generelle Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zum Abschluße der im Gesetze näher bezeichneten Verträge die Wirksamkeit derselben zur Folge habe. Daß die bisherige gemeine Praxis, soweit sie in ähnlicher Weise den Minderjährigen als zum Abschlusse von Dienstverträgen fähig betrachtete, nirgends zur Fundirung ihrer Entscheidungen der Fiktion einer theilweisen Jahrgebung sich bedient, wirkt unterstützend für jene Annahme. Und obgleich die Verhandlungen der ständischen Faktoren auch hier nicht die ausnahmslose Festhaltung eines einheitlichen Prinzipes erkennen lassen, so tritt doch die Argumentation aus der präsumtiven Zustimmung des Vertreters zu dieser Ziffer sehr entschieden in den Vordergrund (Verh. der Kammer der Abg. Beil. Bd. I, Abth. 3, S. 1943 u. 2453; Verh. der Kammer der Standesherren Beil. Bd. II, S. 448; Protokolle der Kammer der Abg. S. 375, 1475, 3227, u. a. a. O).

Die Festhaltung dieses Ausgangspunktes dient nun

1) zur näheren Bestimmung und Erläuterung der ersten Voraussetzung der Verpflichtungsfähigkeit: daß die Minderjährigen nicht mehr in der Verpflegung und dem Unterhalte ihrer Eltern oder ihrer Pfleger stehen dürfen. Sie will einfach besagen: der Minderjährige müsse sich thatsächlich in einer Lage befinden, welche die Annahme des Dritten rechtfertige, daß der gesetzliche Vertreter desselben mit der ohne seine Mitwirkung erfolgenden Verbindung einverstanden sei; diese Annahme aber sei dann ge-

Digitized by Google

rechtfertigt, wenn der Minderjährige einmal seinen Unterhalt im Wesentlichen durch seine persönliche Arbeit bestreite und weiterhin nicht in derjenigen unmittelbaren und persönlichen Beziehung zu Eltern oder Vormund stehe, die ein Zusammenwirken bei den zur Verwerthung der Arbeitskraft nöthigen Geschäften als möglich und gewollt erscheinen läßt.

Von selbst ergibt sich hieraus, daß zwar häusliche Gemeinschaft mit Eltern oder Pfleger die Verpflichtungsfähigkeit unbedingt ausschließt, solche aber mit der Aufhebung jener Gemeinschaft keineswegs immer gegeben ist — wie dieß vom Berichterstatter der zweiten Kammer scharf und richtig hervorgehoben worden ist (Prot. Bd. III, S. 1673). Der gewöhnliche Fall, in welchem die Bestimmung der Ziff. 2 zur Anwendung kommen kann, wird vielmehr die Weiterverdingung von Personen sein, die schon in fremden Diensten, aber nicht mehr in häuslicher Gemeinschaft mit Eltern oder Pfleger stehen — ein Fall, welchen die fremden Gesetze, die ähnliche Bestimmungen enthalten, in der Regel ausdrücklich als Voraussetzung aufstellen, und für den allein auch ein die Verpflichtungsfähigkeit anerkennendes Gewohnheitsrecht behauptet wird[5] (vergl. den Kommissionsbericht der zweiten Kammer S. 1948).

Auch die zwei weiteren Voraussetzungen der Verpflichtungsfähigkeit, daß die Verträge blos persönliche Dienstleistungen des Minderjährigen betreffen, und die von solchen übernommenen Verpflichtungen den regelmäßigen Umfang der an das betreffende Dienstverhältniß sich

---

[5] Kraut, Vormundschaftsrecht Bd. II, S. 630: „Auch läßt sich wohl behaupten, daß nach einem allgemeinen Gewohnheitsrechte, wenn ein Kind, welches bereits sich als Gesinde vermiethet gehabt hat, nach Auflösung seines früheren Dienstverhältnisses sich wieder vermiethet, zur Giltigkeit des Vertrages die Einwilligung des Vaters nicht erfordert wird, wenigstens wenn dieser nicht an dem Orte wohnt, wo es in Dienste treten will."

Digitized by Google

knüpfenden Verbindlichkeiten nicht überschreiten dürfen, hängen mit dem angeführten Grundgedanken zusammen, ohne übrigens aus solchem eine nähere Bestimmung oder Erläuterung zu erhalten. Dagegen mag hier gelegentlich bemerkt werden, daß die zweite Voraussetzung nicht zutrifft in Beziehung auf Konventionalstrafverträge, auch wenn sie sich einem Dienstvertrage anschließen, und auf Lehrverträge, da deren wesentlicher Gehalt die Zusage der Dienstleistungen des Lehrherrn, nicht des minderjährigen Lehrlings, auf Seite des letzteren aber ausdrücklich oder stillschweigend eine vermögensrechtliche Leistung zugesagt, beziehungsweise übernommen ist (anderer Ansicht der dritte Bericht der Kommission der zweiten Kammer Beil. Bd. I, Abth. 3, S. 2453 — vergl. aber die Gewerbeordnung vom 12. Febr. 1862, Art. 19, 20, 22, 24, 27, 28, 29).

Die letzte Voraussetzung endlich findet in Bestimmungen, wie Art. 61 des Handelsgesetzbuches, Art. 31, 33 der Gewerbeordnung, Art. 14 der Stuttgarter Gesindeordnung von 1819 ihre Ergänzung und Erläuterung (Verh. der K. der Abg. Beil. Bd. I, Abth. 3, S. 2453, Prot. Bd. IV, S. 3227).

2) Diejenigen den Rechtszustand des Minderjährigen betreffenden Normen, deren Anwendbarkeit durch die spezielle Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu dem in Frage stehenden Rechtsgeschäfte des Minderjährigen nicht ausgeschlossen wird, treffen auch für die auf Grund der Ziffer 2 des Art. 3 abgeschlossenen Verträge zu.

Nur bezüglich der Restitution kann dieß nach dem Inhalte der oben (Seite 30) angeführten Stellen aus dem ständischen Aktenmateriale nicht angenommen werden; sie ist vielmehr durch den übereinstimmenden Willen der gesetzgebenden Faktoren auch für diese Fälle ausgeschlossen. Zum Fallenlassen des an die Spitze gestellten, mit dem juristischen Grundgedanken der Bestimmung harmonirenden Satzes kann aber diese Feststellung schon deßwegen nicht

Digitized by Google

nöthigen, weil für solche ausgesprochener Maßen nicht blos der praktische Zweck des Gesetzes, sondern auch die dem Institute der Wiedereinsetzung abgeneigte Richtung der neueren Gesetzgebung geltend geworden ist (Prot. der Kammer der Abg. S. 1677).

3) Wenn der unter den Voraussetzungen der Ziff. 2 abgeschlossene Vertrag so angesehen werden muß, wie wenn er mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossen worden wäre, so können aus ihm alle die Verpflichtungen zu vermögensrechtlichen Leistungen resultiren, welche ein zunächst auf Leistung persönlicher Dienste gerichteter Vertrag hervorzubringen vermag (Landrecht Thl. II, Tit. 17, §. 8; Gewerbeordnung von 1862, Art. 34, 38 u. f. f.).

Eine Beschränkung des Betrages auf den Umfang bestimmter Vermögenstheile würde nirgendwo einen Anhaltspunkt finden — wenigstens nachdem Ziff. 1 des ursprünglichen Antrages ausgefallen ist, die den in fremden Diensten stehenden Minderjährigen die Disposition über ihren Verdienst und hiemit Verpflichtungsfähigkeit bis zu dem Betrage dieses Erwerbsvermögens einräumen wollte.

Auch die Verwendbarkeit des in der Verwaltung des Pflegers stehenden Vermögens zur Tilgung derartiger Ansprüche kann keinem Anstande unterliegen.

Dagegen fehlt es an einem Rechtsgrunde für die Exekution in das in elterlicher Nutznießung stehende Vermögen des Kindes oder in einzelne Theile desselben, sobald nicht jeder mit Zustimmung des Vaters abgeschlossene Vertrag eine gegen das peculium adventitium regulare exequirbare Verbindlichkeit erzeugt. Dieß ist aber keineswegs der Fall. Wenn der Hausvater dem Rechtsgeschäfte des minderjährigen Hauskindes zustimmt, so kann dieß wenigstens geschehen auf Grund der dem Hausvater nach deutschem Rechte zustehenden Befugniß, die mangelnde Verpflichtungsfähigkeit des minderjährigen Hauskindes zu ergänzen, d. h. dessen Rechtsakten dieselbe Wirksamkeit zu verschaffen, welche die

Digitized by Google

entsprechenden Rechtsgeschäfte eines volljährigen Hauskindes haben würden. Daß die Zustimmung in diesem Falle nicht zur Basis eines Anspruches gegen den Hausvater (einer actio quod jussu), oder einer Inangriffnahme des peculium adventitium regulare gemacht werden kann, liegt auf der Hand, und es wird auch durch Landrecht Thl. II, S. 28, §. 2 diese natürliche und konsequente Annahme nicht verhindert. Sicherlich wäre nun einer ausdrücklichen Zustimmung des Hausvaters zur Eingehung von Dienstverträgen durch das minderjährige Hauskind — schon um des Inhaltes der in erster Linie übernommenen Verbindlichkeiten willen — keine andere als die angeführte Bedeutung beizulegen. Ist dem aber so, so kann auch zur näheren Bestimmung der in Art. 3, Ziff. 2 aufgestellten Präsumtion nur diese Auslegung der präsumirten Genehmigung verwendbar sein.

4) Ausgehend von dem der Ziffer zu Grunde liegenden Rechtsgedanken wäre die Annahme nicht berechtigt, daß in Beziehung auf Dienstverträge der nicht mehr in ihrer Verpflegung und ihrem Unterhalte stehenden Minderjährigen Vormund und Vater die ihnen außerdem zukommenden Rechte verlieren, daß sie also namentlich nicht mehr befugt sein sollen, verpflichtende Dienstverträge im Sinne der Ziff. 2 für solche abzuschließen.

Hiefür spricht auch die Befugniß des gesetzlichen Vertreters, dem Minderjährigen den Abschluß derartiger Verträge — der relativ selbstständigen Stellung desselben unerachtet — zu untersagen, ja selbst unter Umständen die Auflösung des giltig abgeschlossenen Vertrages herbeizuführen. [6]

[6] Die Tendenz der am Schlusse der Ziff. 2 eingeräumten Auflösungsbefugniß scheint die Annahme zu rechtfertigen, daß der Erziehungsberechtigte als solcher, also auch die Mutter, zur Auflösung des der Gesundheit, Sittlichkeit oder dem guten Rufe des Minderjährigen gefährlichen Dienstverhältnisses berechtigt sei. In-

Digitized by Google

Tritt Kollision zwischen dem durch den Minderjährigen selbst und einem von dessen gesetzlichem Vertreter abgeschlossenen Dienstvertrage ein, so ist solche nach den Grundsätzen zu lösen, die für kollidirende Ansprüche aus Verträgen eines und desselben Schuldners gelten (vgl. namentlich l. 26, D. locati 19, 2).

Schließlich mag noch bemerkt werden, daß durch die Bestimmungen des Art. 3 die Kontroverse über die allgemeine Verpflichtungsfähigkeit der Minderjährigen zum Austrage gebracht ist — und zwar in dem Sinne, in welchem die betreffende Landrechtsstelle (Thl. II, Tit. 26, §. 2) schon bisher von der Praxis verstanden wurde und richtiger Ansicht [7] nach verstanden werden mußte. Denn wenn sich auch aus den ständischen Verhandlungen nicht die Absicht nachweisen läßt, durch die Bestimmungen des Art. 3 eine

---

dessen spricht gegen dieselbe der Ausdruck „gesetzlicher Vertreter". Keinenfalls — und hier prinzipiell mit Recht — kann der bloße Widerspruch der Mutter das giltige Zustandekommen des Dienstverhältnisses hindern (vgl. auch Protokoll der Kammer der Abg. Bd. III, S. 1477).

[7] Anderer Ansicht ist Römer in Sarwey's Monatschrift Bd. XVI, S. 115 ff. Außer den in dessen Aufsatze selbst und in der ihm nachgesetzten Obertribunalentscheidung vom 5. September 1848 (a. a. O. S. 124 f.) angedeuteten Gegengründen mag hingewiesen werden auf die Rubrik des Titels (Thl. II, Tit. 26: Von Conträkten vogtbarer und verpflegter Personen); ferner auf den Umstand, daß §. 2 sich inhaltlich an die römischrechtlichen Vorschriften in Betreff der Verträge der pupilli, nicht der minores anschließt; weiterhin auf die Begründung Haug's: sicut omnes Doctores uno ore affirmant, pupillum sine tutoris auctoritate non obligari contrahendo, ut ipso obligetur, sed alium sibi obligare et conditionem suam meliorem facere potest etiam sine tutoris auctoritate (Landrechtsakten S. 234); endlich auf das in Thl. II, Tit. 26 offenbar zu Grunde liegende Freiburger Stadtrecht von 1520, das in Thl. II, Tit. 9 § Vogtbare Personen ꝛc. auch nur von „verendern" spricht, dabei aber auf Thl. III, Tit. 1 verweist, und hier in § Wenn vogtbare Personen ꝛc. die frühere Bestimmung dahin referirt: „Das die Contrakt und

Digitized by Google

solche Entscheidung zu treffen, so läßt sich doch noch weniger die Absicht aus solchen entnehmen, die Tragweite der betreffenden Bestimmungen genau auf den in ihnen gesetzten Fall einzuengen. Der Inhalt des Gesetzes selbst aber rechtfertigt das argumentum a contrario, daß für andere, als die in Ziffer 1 und 2 genau abgegrenzten Verträge der gewerbetreibenden oder sich verdingenden Minderjährigen die Verpflichtungsfähigkeit fehle; und hiemit — da nicht eine Zurückstellung, sondern eine Begünstigung der in den angeführten Verhältnissen befindlichen Minderjährigen durch die Gesetzesbestimmung beabsichtigt wurde — den allgemeinen Schluß: daß Minderjährige überhaupt nur in den in Art. 3 des Gesetzes genannten Fällen sich ohne Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter giltig verpflichten können.

---

3) Die Zahlung einer verzinslichen Geldschuld vor der Verfallzeit.

(Von Herrn Oberjustizprokurator Dr. Gmelin in Tübingen.)

Ueber diesen Gegenstand findet sich in Sarwey's Monatschrift für die Justizpflege Bd. II, S. 474 ein Aufsatz, welcher bei der Mehrzahl der württembergischen Gerichte Beifall gefunden haben soll, und daher um so mehr eine genaue Prüfung verdient. Die Aufschrift des gedachten Aufsatzes lautet: „Ueber die Frage, ob bei Zielerschuldigkeiten auch das Nichtverfallene zu jeder Zeit auch ohne vorhergegangene Aufkündigung bezahlt werden dürfe?"

---

geding, so vogtpar personen ime zu schaden hinder den vögten thund, nicht gelten sollen" — allerdings unter Anknüpfung einer die Rückgabe der „verenderten hab" statuirenden Folgerung.

Digitized by Google

Diese Frage möchte nicht leicht bestritten werden; aber die streitige Frage ist die: ob bei der verfrühten Zahlung der Zieler die Zinsen nur bis zum Tage der Zahlung, oder bis zu demjenigen Zeitpunkte, wo die einzelnen Zieler verfallen, zu berechnen und zu bezahlen seien? Daß der Verfasser des gedachten Aufsatzes sich für die erste Ansicht erklärt, ist zwar aus der rechtlichen Ausführung nicht ganz deutlich, wird aber durch die im Eingange des Aufsatzes angegebene Veranlassung desselben, nämlich das damalige (1824) Fallen des Zinsfußes, außer Zweifel gesetzt, weil damals die Schuldner durch verfrühte Zahlung der noch nicht fälligen Zieler mittelst zu niedrigerem Zinsfuß aufgenommener Gelder an den Zinsen etwas ersparen wollten. Zu Begründung seiner Ansicht wird von dem Verfasser des Aufsatzes angeführt:

1) Es sei allgemeiner Grundsatz des gemeinen Rechtes, daß bei allen Obligationen durch den Schuldner zu jeder Zeit Zahlung geleistet werden könne, und der Gläubiger im weitern Sinne als Berechtigter verbunden sei, die Zahlung anzunehmen. — l. 70, l. 98, §. 4, D. de solut. (46, 3.) —

Dieser Satz wird im Allgemeinen zuzugeben sein, doch mit den beiden Ausnahmen:

a) si inopportuno tempore obtulerim. l. 39, D. de solut. (46, 3);[1] nur nicht gerade zur unangemessenen Stunde;[2]

b) wenn, was der Verfasser des Aufsatzes weiter unten selbst zugibt (S. 475, 476), eine Zahlungsfrist zu Gunsten des Gläubigers festgesetzt wurde.

Der Aufsatz besagt weiter: 2) Nur müsse die Zahlung gehörig angeboten sein, namentlich in gehöriger Qualität, an dem gehörigen Orte, und, was hauptsächlich zu beachten

---

[1] Donellus, comment. de jure civili. Francof. 1595 Lib. 16, cap. 11, p. 464 unten.

[2] Arndts, Pand. 5. Aufl., §. 220.

Digitized by Google

sei, nicht blos theilweise, sondern Zahlung der ganzen Schuldigkeit. — l. 41, §. 1, D. de usuris (22, 1); cst. 9, Cod. de solut. (8, 43.)

Der ganzen Schuldigkeit! Wenn Jemand 1000 fl. auf ein Jahr gegen 5proc. Verzinsung entlehnt, so hat derselbe auf die Verfallzeit nicht bloß 1000 fl., sondern auch weitere 50 fl., also 1050 fl. zu bezahlen. Dieses ist die „ganze Schuldigkeit." Keines der in dem gedachten Aufsatz angeführten Gesetze erlaubt dem Schuldner an der zu „zahlenden ganzen Schuldigkeit" die von der Zahlung an bis zur Verfallzeit erwachsenden Zinsen abzuziehen, sondern die zu Ziffer 1 vom Verfasser des Aufsatzes selbst angeführte l. 70, D. de solut. (46, 3) beweist deutlich das Gegentheil. „Quod certa die promissum est, vel statim dari potest." Sind also Zinsen versprochen, so ist deren Betrag bis zu dem Tage, auf welchen die Zahlung versprochen ist, zu berechnen und zu entrichten; nicht bloß das empfangene Kapital und ein Theil der Zinsen. Damit stimmt auch das in dem gedachten Aufsatz unter Ziffer 1 weiter angeführte Gesetz überein: l. 98, §. 4, D. eod. „Mihi dare decem pure utiliter stipulor;" denn stipulari heißt bekanntlich, sich in einer gewissen rechtsgiltigen Form etwas versprechen lassen.

Der Aufsatz fährt fort: 3) Es sei ein allgemein anerkannter Grundsatz des gemeinen Rechtes, daß die Verbindlichkeit des Gläubigers, zu jeder Zeit die gehörig angebotene Zahlung anzunehmen, selbst dann Statt finde, wenn Zahlungsfristen gesetzt seien, indem gesetzlich klar ausgesprochen sei, daß die Zahlungszeit im Zweifelsfall blos als zum Besten des Schuldners festgesetzt anzunehmen sei. — l. 43, §. 2. D. de legat. II, (31); l. 41, §. 1. D. de verb. obl. (45, 1); l. 17, D. de reg. jur. (50, 17).

Dieses ist richtig, mit den oben zu Ziff. 1 bemerkten Beschränkungen; aber daraus folgt durchaus nicht, daß

Digitized by Google

der Schuldner an der versprochenen Summe einen Abzug machen darf, und hievon blos dann eine Ausnahme eintritt, wenn klar erhellt, daß die Zahlungsfrist zu Gunsten des Gläubigers gesetzt wurde. Zwar wird dieser Satz von dem in dem Aufsatze angeführten Glück[3] anerkannt; allein mit dem wichtigen Zusatz, daß, wenn der Gläubiger sich die Zinsen bis zum Verfalltag ausbedungen hat, also gerade derjenige Fall vorliegt, welchen der mehrgedachte Aufsatz laut dessen Einleitung zum Gegenstande hat, hierin eine unzweifelhafte Anzeige zu erkennen sei: daß der dies blos um des Gläubigers willen beigefügt worden sei. Diese Ansicht, welche auch Lauterbach[4] theilt, scheint übrigens unrichtig, weil aus dem Versprechen von Zinsen keineswegs folgen dürfte, daß die Zahlungsfrist zu Gunsten des Gläubigers festgesetzt worden sei. Denn es ist ebenso gut möglich, daß die Zahlungsfrist trotz der Verbindlichkeit, Zinsen zu entrichten, dem Schuldner nützlicher sei, als dem Gläubiger. Allein wenn auch durch die Anbedingung von Zinsen die rechtliche Vermuthung, daß der dies zu Gunsten des Schuldners festgesetzt worden sei, keineswegs beseitigt wird, so wird dadurch dessen Verbindlichkeit, die ganze versprochene Summe, id quod certa die promissum est — l. 70, D. de solut. (46, 3), — also auch die bis zum Verfalltag erwachsenden Zinsen zu bezahlen, keineswegs aufgehoben. Ebenso urtheilt auch Struck:[5] „Ceterum, quando debitor in casibus permissis ante diem solvit, nihilominus id, quod interest, et usuras etiam futuras usque ad destinatum solutionis diem, omnemque utilitatem, quae creditori obvenire potuisset, si solutio ad diem destinatam demum facta fuisset, praestare tenetur, creditor enim omni modo indemnis esse debet.

---

[3] Kommentar Bd. IV, S. 458 f.

[4] colleg. theoret. practic. Lib. 46, tit. 3, §. 28.

[5] usus modern. lib. 46, tit. 3, §. 14.

Digitized by Google

Bei diesem klaren Ausspruch der Gesetze ist es kaum erforderlich, noch folgenden weitern Umstand hervorzuheben. Wenn der Schuldner bei der Abtragung eines noch nicht fälligen verzinslichen Schuldpostens die Zinsen nur bis zum Tage der Zahlung und nicht bis zum Tage des Verfalls zu entrichten brauchte, also nicht mehr, als was die Schuld am Tage der Zahlung werth ist, so würde daraus folgen, daß der Schuldner bei unverzinslichen Schuldposten den Zwischenzins abziehen dürfte, was er bekanntlich, zwei Fälle nach römischem Recht und den Handelsverkehr ausgenommen, nicht darf. [6] Damit stimmt auch der fragliche Aufsatz überein, indem er „Zahlung der ganzen Schuldigkeit" fordert. Derselbe sagt aber weiter:

4) Aus diesen allgemeinen Grundsätzen folge dann auch, daß bei keiner Art von Verbindlichkeit die Zahlung des Schuldners durch eine Aufkündigung bedingt sei, und daß das Recht der Aufkündigung blos dann von dem Gläubiger angesprochen werden könne, wenn es ausdrücklich für ihn stipulirt sei.

Hiezu ist nur zu bemerken, daß, wenn weder eine Aufkündigungsfrist, noch sonst ein dies bestimmt worden ist, der Gläubiger sofort Zahlung verlangen darf. — l. 213, pr. D. de verb. signif. (50, 16); l. 14, D. de regul. jur. (50, 17.) [7]

In Ziff. 5 des Aufsatzes wird nachgewiesen, daß das gemeine und das württembergische Recht über diese Rechtsfrage miteinander übereinstimmen.

Die Schlußfolgerung des Aufsatzes lautet: „Demgemäß ist denn unzweifelhaft anzunehmen, daß der Schuldner

---

[6] Sintenis, das gemeine Civilrecht Bd. II, 1847, §. 91, S. 155, 156; Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 5. Aufl., §. 220, Anm. 2, S. 354; Holzschuher, Theorie und Kasuistik, 3. Ausg. Bd. III, §. 217, S. 88.

[7] Glück, a. a. O. Bd. IV, S. 454; Holzschuher, a. a. O. 2. Aufl., Bd. III, S. 164, Fr. 8.

Digitized by Google

befugt ist, bei Zielerschuldigkeiten auch das Nichtverfallene zu jeder Zeit, auch ohne vorhergegangene Aufkündigung zu bezahlen; nur muß immer die Zahlung des ganzen, erst später verfallenden Schuldigkeitsrestes, — also sämmtlicher erst später verfallender Zieler, — angeboten werden." Das gänzliche Stillschweigen über die Zinsen läßt ungewiß, ob und wie viel hieran zu bezahlen sei. Die Einleitung des Aufsatzes macht es jedoch, wie schon oben bemerkt worden ist, höchst wahrscheinlich, daß davon ausgegangen wird, es seien die Zinse nur bis zum Tage der Zahlung zu berechnen und zu bezahlen. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht dürfte aber durch die obigen Bemerkungen zu Ziff. 2, besonders durch die Worte „certa die promissum" in l. 70, D. de solut. (46, 3) außer Zweifel gesetzt sein.

---

4) Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatze.

(Von Dr. v. Kübel.)

Ist für die Erfüllung einer Verbindlichkeit eine Zeit bestimmt, so folgt hieraus der Regel nach nur, daß der Schuldner vor dem Eintritt der bestimmten Zeit zur Erfüllung nicht verpflichtet ist. Dagegen ist er, wenn nicht etwas Anderes ausdrücklich bestimmt oder aus den Umständen zu entnehmen ist, berechtigt, selbst gegen den Willen des Gläubigers auch früher zu erfüllen, da nach den geltenden civilrechtlichen Bestimmungen im Zweifel anzunehmen ist, es sei die Zeitbestimmung nur zum Vortheil und im Interesse des Schuldners beigefügt worden, auf einen Vortheil aber jeder Zeit verzichtet werden kann. Es ist dieß in den römischen Rechtsquellen klar und unzweideutig ausgesprochen,[1] indem hier gesagt ist: „quod certa die

[1] l. 38 §. 16, l. 41 §. 1, l. 137 §. 2 D. de verb. obl. (45, 1); l. 70 D. de solut. et liberat. (46, 3); l. 17 D. de reg. jur. (50,

Digitized by Google

promissum vel statim dari potest, totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur" — „dies adjectus efficit, ne praesenti die debeatur. Ex quo apparet, diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore" — „quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest." Das württembergische Civilrecht aber enthält keine hievon abweichende Bestimmung,[2] und die württembergischen Gerichte haben auch stets daran festgehalten, daß der Gläubiger der Regel nach die gehörig erfolgte Zahlung seines Schuldners auch vor deren Verfall anzunehmen verbunden sei, da die festgesetzten Zahlungsfristen im Zweifel als zu Gunsten des Schuldners beigefügt gelten.[3] Insbesondere ist dieß von dem Obertribunal am 7. Oktober 1862 in der Appellationssache B. c. K. und am 14. November 1865 in der Appellationssache J. c. R. ausgesprochen worden. Auch andere Gesetzgebungen stimmen hiemit überein. So bestimmt das französische Recht im code civil Art. 1187: „Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier." Ferner enthält das sächsische bürgerliche Gesetzbuch im §. 717

17); l. 15 D. de annuis leg. (33, 1); Schweppe, röm. Privatrecht Bd. III, §. 384; Glück, Komm. Bd. IV, S. 458, 459; Keller, Pand. §. 261, S. 506, 507; Sintenis, Civilrecht Bd. II, §. 91 zu Note 17 und 18; Arndts, Pand. §. 220; Mommsen, Beitr. zum Obligationenrecht Abth. III, S. 155—157; Windscheid, Pand. Bd. II, Abth. 1, §. 273; Vangerow, Pand. 6. Aufl., Bd. III, S. 201; Wening-Ingenheim, Civilrecht Buch III, §. 27; Savigny, Obligationenrecht Bd. 1, S. 518, 519; Seuffert, Pand. 4. Aufl. Bd. II, §. 242, S. 38, 39.

[2] Griesinger, Landrechtskommentar Bd. I, S. 35, 36; Reinhardt, Landrechtskommentar Bd. I, S. 12; Weishaar, württ. Privatrecht, 3. Ausg., Bd. III, §. 1035; Reyscher, württ. Privatrecht Bd. II, §. 510.

[3] Sarwey, Monatschrift Bd. II, S. 475 f.: Hufnagel, Mitth. Bd. I, Nr. 10, S. 20; Neuffer, Zeitschrift Bd. I, S. 25 ff.; dieses Archiv Bd. III, S. 191.

Digitized by Google

die Bestimmung: „Der Verpflichtete kann vor der bestimmten Zeit erfüllen, wenn die Zeitbestimmung blos zu seinen Gunsten getroffen worden ist. . . . Im Zweifel ist anzunehmen, daß eine Zeitbestimmung blos zu Gunsten des Verpflichteten erfolgt ist." Auch der großh. hessische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs spricht Abth. IV, Buch 1, Art. 231 aus: „Die Leistung muß zur bestimmten Zeit geschehen. Es kann jedoch solche auch schon früher stattfinden, insofern der Leistungstermin nicht zum Vortheil des Gläubigers festgesetzt worden ist." In ähnlicher Weise besagt der bayerische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs Thl. II., Art. 101: „Die Leistung muß zu der durch Gesetz oder durch das Rechtsgeschäft bestimmten Zeit geschehen. Der Schuldner kann dieselbe auch schon früher bewirken, sofern nicht der Leistungstermin zum Vortheil des Gläubigers festgesetzt ist." Endlich bestimmt der Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse im Art. 259: „Ist für die Erfüllung einer Verbindlichkeit eine Zeit bestimmt, so muß die Erfüllung zu der bestimmten Zeit geschehen. Der Schuldner kann jedoch auch schon früher erfüllen, wenn die Erfüllungszeit zu seinem Vortheil festgesetzt ist. Im Zweifel gilt das Letztere."[4] Der Rechtssatz, daß der Schuldner vor dem Verfalltage zu zahlen befugt sei, wenn dieser zu seinen Gunsten festgesetzt worden, ist sodann auch in dem deutschen Handelsgesetzbuche Art. 334 anerkannt worden; es weicht jedoch dasselbe von dem gemeinen Rechte darin ab, daß es keine Vermuthung kennt, zu wessen Gunsten der Verfalltag festgesetzt worden, vielmehr die Entscheidung hierüber in das vernünftige Ermessen des Richters stellt, welcher nach der Natur des Geschäftes und der Absicht der Kontrahenten beurtheilen soll, ob der Verfalltag nur zu Gunsten des einen der beiden Kontrahenten beigefügt wor-

[4] Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes Bd. I, S. 822, 844, 845.

Digitized by Google

den sei. Auf einem andern Boden dagegen steht allerdings das preußische und das österreichische Recht, indem das preußische Landrecht Thl. I, Tit. 16, §. 56 allgemein bestimmt, daß der Gläubiger vor der bestimmten Zeit die Zahlung anzunehmen nicht schuldig sei, und ebenso in dem österreichischen allgemeinen bürgerl. Gesetzbuch §. 1413 bestimmt ist, daß der Gläubiger gegen seinen Willen nicht gezwungen werden könne, eine Leistung zu einer andern, als der bestimmten Zeit anzunehmen. Auch das Züricher privatrechtliche Gesetzbuch scheint auf diesem Standpunkte zu stehen, da die beantragt gewesene Bestimmung, daß der Schuldner eine noch nicht fällige Leistung früher entrichten dürfe, wenn damit für den Gläubiger kein Nachtheil verbunden sei, schließlich aus dem Gesetzbuche weggelassen worden ist, da es sich wohl nicht ereignen werde, daß ein Gläubiger, der von einer früheren Leistung nur Vortheil habe, die Annahme verweigern werde.[5]

Man kann die Richtigkeit des letzteren Satzes zugeben, denn einen Vortheil wird ein Gläubiger aus bloser Chikane nicht leicht von der Hand weisen und es wird daher selten vorkommen, daß ein Gläubiger, welcher durch die vor der Erfüllungszeit erfolgende Leistung nur Vortheil hat, die Annahme der Leistung verweigern wird. Eine Bestimmung, wie sie bei den Berathungen des Züricher Gesetzbuchs vorgeschlagen wurde, wonach der Gläubiger zur Annahme einer nicht fälligen Leistung nur für den Fall, daß diese Annahme mit keinem Nachtheil für ihn verbunden sei, für verpflichtet erklärt werden sollte, läßt sich daher immerhin entbehren. Allein es kann auch Fälle geben, wo der Gläubiger, obwohl die Zeit für die Erfüllung einer Verbindlichkeit lediglich im Interesse und zu Gunsten des Schuldners festgesetzt worden ist, von einer vor der Erfüllungszeit erfolgenden Zahlung nicht nur keinen Vortheil hat, sondern

[5] Bluntschli, privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich Bd. III, S. 62, 63.

Digitized by Google

ihm dadurch sogar Belästigung oder Nachtheil droht, und in solchen Fällen wird die Frage von Bedeutung, ob der Gläubiger verbunden ist, dennoch die verfrühte Zahlung anzunehmen und ob er also durch Verweigerung der Annahme in Verzug kommt. Daß bei Sachleistungen, bei der Lieferung von Waaren u. s. w. solche Fälle leicht vorkommen können, leuchtet ein. Aber auch bei Geldleistungen ist es möglich, daß eine verfrühte Leistung dem Gläubiger eine Last sein kann, selbst wenn bei Festsetzung der Erfüllungszeit nur das Interesse des Schuldners maßgebend war. Man setze z. B. den Fall, es habe der Schuldner zur Betreibung einer Fabrik ein verzinsliches Darlehen mit der Bestimmung aufgenommen, daß er solches erst nach zehn Jahren zurück zu zahlen habe; er sei nun aber in Folge des durch politische Ereignisse veranlaßten Stillstandes seiner Fabrik und dadurch herbeigeführten müßigen Daliegens von Geldern veranlaßt, das Darlehen früher zurück zu zahlen, der Gläubiger aber wolle wegen der zeitweiligen Schwierigkeit anderwärtiger sicherer Placirung der Gelder und wegen der durch die politischen Ereignisse bewirkten Unsicherheit und Gefahr ihrer Aufbewahrung die angebotene Rückzahlung nicht annehmen. Für solche und ähnliche Fälle ist es von wesentlicher Bedeutung, ob der Schuldner zur Erfüllung vor der Zeit ein Recht hat oder ob er dießfalls lediglich auf den guten Willen des Gläubigers angewiesen ist.

Nach den zuvor angeführten civilrechtlichen Grundsätzen gilt im Zweifel das Erstere und es ist der Schuldner auch vor dem hiezu festgesetzten Zeitpunkte zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit berechtigt, wenn nicht ausdrücklich oder stillschweigend etwas Anderes vereinbart ist. Dieß ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen, und nur so viel läßt sich im Allgemeinen sagen, daß, wenn das Interesse des Gläubigers die Festsetzung der Erfüllungszeit bestimmt hat, wenn aus den Umständen erhellt, daß in seinem Interesse, zu seinem Vortheil die Erfüllung gerade

Digitized by Google

zu der bestimmten Zeit und nicht früher erfolgen soll, eine Berechtigung des Schuldners zu einer früheren Leistung ausgeschlossen ist. Wesentlich ist jedoch hiebei, daß das Interesse des Gläubigers sich gerade auf den Zeitpunkt der Leistung beziehe und solches somit eben darin bestehe, daß nicht früher, als zu dem bestimmten Zeitpunkte geleistet werde. Nur in diesem Falle kann der Gläubiger die Annahme der ihm früher angebotenen Leistung wegen der Festsetzung einer späteren Erfüllungszeit verweigern, während, wenn das Interesse des Gläubigers bei Festsetzung der Erfüllungszeit nicht in deren Einhaltung, sondern in dem von ihr abhängig gemachten Umfang der Leistung besteht und somit in Wirklichkeit sich nicht auf den Zeitpunkt der Erfüllung, sondern auf den Gegenstand derselben bezieht, der Gläubiger hieraus eine Einwendung gegen die Zahlung vor der Erfüllungszeit nicht ableiten kann, wenn ihm nur alles Dasjenige geleistet wird, was der Schuldner zur festgesetzten Erfüllungszeit zu leisten sich verbindlich gemacht hat. Dieß wird bei Geldschulden der Regel nach zutreffen; es wird in den meisten Fällen das Interesse des Gläubigers an der Erfüllungszeit in dem durch sie bestimmten Umfang der Leistung bestehen und demselben daher durch die obligationsmäßige Leistung auch vor der Erfüllungszeit Genüge geleistet sein. Wo dieß aber der Fall ist, wo nur die Rücksicht auf einen bestimmten Umfang der Leistung, nicht auf eine bestimmte Zeit derselben für die Festsetzung der Erfüllungszeit maßgebend war, kann dem Schuldner das Recht der früheren Leistung nicht abgesprochen werden. Man setze z. B. den Fall, es sei bei der Hingabe eines verzinslichen Darlehens bedungen worden, daß die dargeliehene Summe nur nach vorgängiger einvierteljährlicher Aufkündigung zurück zu bezahlen sei, so kann darüber ein Zweifel nicht bestehen, daß diese Aufkündigungsfrist nicht blos zu Gunsten des Schuldners, sondern wesentlich auch im Interesse des Gläubigers festgesetzt worden ist. Sein Interesse besteht aber in diesem

Digitized by Google

Falle nicht sowohl darin, daß nicht früher, als vor Ablauf der Kündigungsfrist gezahlt wird, als vielmehr darin, daß ihm auch für die Dauer der Kündigungsfrist die Zinse fortbezahlt werden. Denn die Kündigungsfrist hat zum Zwecke, den Gläubiger vor dem Nachtheil zu schützen, sein Geld einige Zeit ohne Ertrag müßig liegen zu haben. Zahlt daher der Schuldner dem Gläubiger vor Ablauf der Kündigungsfrist nebst dem Kapital und den verfallenen Vertragszinsen noch weitere Zinsen für die Dauer der Kündigungsfrist, so erhält der Gläubiger Alles, was er nach dem Vertrage zu beanspruchen hat. Dem Interesse des Gläubigers an der Festsetzung des Erfüllungstermins ist volle Genüge geleistet, und es kann derselbe aus der Festsetzung dieses Termins keine Einrede gegen die Annahme der angebotenen Leistung ableiten.[6] Dagegen ist der Gläubiger, wenn ihm vor Ablauf der Kündigungsfrist mit der Hauptschuld die Zinsen nur bis zum Tage der Oblation angeboten werden, zur Annahme allerdings nicht verbunden; aber seine Berechtigung, die Annahme zu verweigern, gründet nicht darin, daß ihm zu frühe, vor der Verfallzeit, sondern daß ihm nicht der Obligation gemäß die ganze geschuldete Leistung angeboten worden ist. Dasselbe wird der Regel nach der Fall sein, wenn ein Gläubiger ein Kapital für einen bestimmten Zeitraum, so z. B. für ein Jahr, für sechs Monate gegen Verzinsung hingeliehen hat; auch hier wird, wo nicht besondere Umstände eine andere Annahme rechtfertigen, das Interesse des Gläubigers an dem für die Rückzahlung festgesetzten Termin nicht darin, daß die Leistung nicht vor dem festgesetzten Erfüllungstermin erfolge, sondern höchstens darin bestehen, daß ihm die Zinse bis dahin geleistet werden, und er wird

---

[6] Seuffert, Pand. 4. Aufl., Bd. II, §. 242, Note 4; Keller, Pand. §. 261, S. 507; Reyscher, württ. Privatrecht Bd. II, §. 510, Note 9, §. 441, Nr. 3; Motive zu dem Entwurfe eines Gesetzbuchs für das Königreich Bayern S. 85.

Digitized by Google

wenn ihm diese mit dem Kapital angeboten werden, aus dem verfrühten Zahlungsangebot kein Recht zur Verweigerung der Annahme ableiten können. Der Zeitpunkt der Leistung kommt hier bei der Frage, ob der Gläubiger solche anzunehmen verpflichtet, oder deren Annahme zu verweigern berechtigt ist, gar nicht in Betracht, entscheidend hiefür ist lediglich, ob die Leistung so, wie sie angeboten wird, dem Inhalt der Verbindlichkeit entspricht, und es ist nur verwirrend, wenn man in solchen Fällen den Umstand, daß vor der Verfallzeit angeboten worden, mit dem Rechte des Gläubigers zur Verweigerung der Annahme in Verbindung bringt, wie dieß in der Regel zu geschehen pflegt. So sagt z. B. Mommsen,[7] es sei der Gläubiger nicht gehalten, die frühere Erfüllung sich gefallen zu lassen, wenn in Folge derselben Vortheile ihm entgehen würden, auf welche er nach der Obligation ein Recht habe, und führt als Beispiel an, daß der Gläubiger, welcher 1000 Rthlr. gegen Zinsen bis zu einem bestimmten Termin verliehen habe, nicht verpflichtet sei, vor dem Termine das Kapital mit den bis zur Zeit der Oblation fälligen Zinsen anzunehmen. Nur dann müsse sich der Gläubiger die frühere Erfüllung gefallen lassen, wenn ihm zugleich alle Zinsen bis zum festgesetzten Termin offerirt werden. Hat sich aber der Gläubiger in letzterem Falle, wenn er nur die ganze obligationsmäßig geschuldete Leistung erhält, die frühere Erfüllung gefallen zu lassen, so ist eben damit klar an den Tag gelegt, daß der Zeitpunkt, zu welchem die Leistung erfolgt, für die Frage, ob der Gläubiger zu ihrer Annahme verpflichtet oder zur Verweigerung ihrer Annahme berechtigt sei, unerheblich ist, und es sich hiebei überhaupt nicht um den Zeitpunkt, sondern um den Gegenstand der Leistung handelt. Die Frage ist nicht, ob der Gläubiger die frühere Erfüllung sich gefallen zu lassen habe, sondern ob eine Leistung ohne die Zinse bis zum Ablauf der Kündigungs-

[7] Mommsen, Beitr. zum Obligationenrecht Abth. III, S. 157.

frist dem Inhalt der Verbindlichkeit entspricht oder nicht, und ob daher der Gläubiger wegen eines Mangels in letzterer Hinsicht die angebotene Leistung zurückweisen kann. Soll der Gläubiger zur Verweigerung der Annahme einer Zahlung vor der Verfallzeit aus dem Grunde der Vorzeitigkeit des Zahlungsangebots berechtigt sein, so bedarf es daher stets des Nachweises besonderer Umstände für die Annahme, daß die Festsetzung der Zahlungszeit die Bedeutung haben solle, es dürfe vor dem Erfüllungstermin die Zahlung überhaupt nicht erfolgen.

Demgemäß hat auch das hiesige Obertribunal in der schon erwähnten Appellationssache J. c. R. am 14. Nov. 1865 ausgesprochen, daß der Gläubiger, welcher die Annahme einer vertragsmäßigen Leistung vor deren Verfallzeit verweigere, den Beweis der Nichtanwendbarkeit der gesetzlichen Vermuthung, wonach die verabredeten Zahlungstermine als zu Gunsten des Schuldners festgesetzt anzusehen seien, zu führen habe und demgemäß von ihm darzuthun sei, daß die Kontrahenten ausdrücklich oder durch konkludente, ihren übereinstimmenden Willen ausdrückende Handlungen zu erkennen gegeben haben, daß die Verabredung der Zahlung in Zielern im Interesse des Gläubigers erfolgt sei und derselbe daher nicht verbunden sein solle, die Zahlung unverfallener Zieler anzunehmen. Es ist damit nichts Anderes gesagt, als daß, wenn sich aus den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles nicht etwas Anderes ergebe, der Gläubiger die Annahme einer ihm vor dem Eintritt der Erfüllungszeit angebotenen Leistung aus dem Grunde, weil die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten, nicht verweigern könne. In der angeführten Appellationssache, in welcher es sich um die Bezahlung eines vertragsmäßig in verzinslichen Jahreszielern zu entrichtenden Kaufschillings handelte, hatte der Verkäufer zu Begründung seiner Weigerung, den Kaufschilling vor dem Eintritt der für die einzelnen Zieler bedungenen Zahlungstermine anzunehmen, geltend gemacht, daß schon die Zerschlagung des

Digitized by Google

Kaufschillings in vieljährige verzinsliche Zieler dafür spreche, daß die Zahlungstermine zu Gunsten des Verkäufers festgesetzt worden seien, um ihm ein Aequivalent für die längere Anborgung zu verschaffen; hiezu aber noch der Umstand hinzu komme, daß für die späteren Zieler ein höherer Zinsfuß verabredet worden sei, woraus für den Gläubiger ein Recht auf Fortentrichtung dieser Zinse bis zum Verfalltermin und für den Schuldner die Verpflichtung erwachsen sei, den schuldigen Kaufpreis nur in dem festgesetzten Zahlungsmodus abzutragen. Das Obertribunal war jedoch anderer Ansicht, indem dasselbe annahm, daß die Stipulirung mehrjähriger verzinslicher Zieler an sich noch keinen Grund zu der Annahme abgebe, es sei diese Zielerzahlung im Interesse des Gläubigers festgesetzt worden, um ihm für die längere Anborgung des Kaufschillings ein Aequivalent zu gewähren, da der Verkäufer in Folge der stipulirten langjährigen Zielerzahlung schon einen höheren Kaufpreis, als beim Verkauf gegen baar zu erzielen pflege und damit das seiner längeren Anborgung entsprechende Aequivalent bereits erlangt habe. Die Einwendung des Verkäufers aber, daß in der Wirklichkeit nach dem Verkehrswerthe ein bei dem Verkauf auf vieljährige Zieler gewonnener höherer Kaufpreis unter Umständen, sobald es an einem günstigen Zinsfuß und an der Gewißheit einer durch den Zielerkauf gut gesicherten und gut zinsenden Kapitalanlage fehle, auch weit geringer sein könne, als ein gegen baare Bezahlung erzielter niedrigerer Kaufschilling, sei nicht von entscheidendem Gewicht, weil äußere Umstände, zufällige Ereignisse, welche eine Veränderung des Zinsfußes, ein Steigen oder Fallen der Güterpreise u. s. w. herbeizuführen geeignet seien, in gleicher Weise auch bei einem gegen baar geschlossenen Liegenschaftskauf für den Verkäufer bald günstig, bald ungünstig wirken können. Daraus aber, daß für die späteren Zieler ein höherer Zinsfuß bestimmt worden, könne auf einen von den Paziszenten stillschweigend festgesetzten, jede Zahlung vor dem Verfalltermin im

Digitized by Google

Interesse des Gläubigers ausschließenden, bestimmten Zahlungsmodus ein bündiger Schluß darum nicht gezogen werden, weil ein besonderer Grund für die Anbedingung einer höheren Verzinsung jener Zieler vorgelegen sei, nämlich daß der Verkäufer eine gleiche Summe höher verzinslicher Zieler zu Befriedigung seines Gläubigers gebraucht habe. — Abweichend hievon sprach sich der Gerichtshof zu Eßlingen in einer andern Appellationssache, in welcher es sich gleichfalls um die Bezahlung einer verzinslichen Kaufschillingszielerschuld vor der Verfallzeit handelte, in einer Entscheidung vom 10. September 1858 dahin aus, es sei nach den Umständen anzunehmen, daß die Zeitbestimmung im Interesse des Gläubigers erfolgt und dieser daher zur Annahme des ihm vor dem Verfalltage angebotenen Geldes nicht verbunden gewesen sei. Denn erwäge man, daß für die fraglichen Kaufschillingszieler Verzinsung zu 5 Prozent vom Tage der Bezahlung des Angelds an bedungen worden, daß es sodann als notorisch bezeichnet werden könne, wie nach der seit einer Reihe von Jahren eingetretenen Gestaltung der Verhältnisse Gelder nicht leicht zu dem hier beredeten Zinsfuße sicher angelegt werden können (1858), die fragliche Art der Abtragung des Kaufschillings somit nicht nur dem Schuldner den Vortheil längeren Zurückhaltens der Mittel, sondern auch dem Gläubiger neben der nöthigen Sicherheit die Aussicht auf möglichst hohen Nutzen gewährt habe, so rechtfertige sich die Annahme, daß die Festsetzung der im Kaufbriefe bestimmten Zieler jedenfalls im gleichzeitigen Interesse des Verkäufers gelegen gewesen, während die Unterstellung, das Interesse des Letztern habe lediglich in der Erzielung eines höheren Kaufpreises beruht, des thatsächlichen Anhaltspunktes entbehre. Es finde diese Annahme zudem einen Beleg in dem Ausspruch von Glück,[8] wonach eine Zeitbestimmung als zum Besten des Gläubigers beigefügt gelten solle, wenn sich dieser die Zinse

[8] Komm. Bd. IV, S. 459.

Digitized by Google

bis zum Verfalltag ausbedungen habe.[9] — Letzteres wird sich jedoch, wie auch in dem voranstehenden Aufsatze geschehen, beanstanden lassen, indem der Bedingung der Verzinsung bis zur Erfüllungszeit ungeachtet letztere ausschließlich im Interesse des Schuldners festgesetzt und nur als äußerster Zielpunkt für die Zahlung verwilligt sein kann. Jedenfalls aber läßt sich daraus, daß der Gläubiger sich die Verzinsung bis zur Erfüllungszeit bedungen hat, nicht schließen, daß der Gläubiger dadurch eine frühere Leistung habe verhüten und sich ein Recht auf Verweigerung der Annahme der Zahlung vor der Erfüllungszeit habe statuiren wollen, vielmehr könnte daraus höchstens gefolgert werden, daß der Gläubiger sich die Zinsen bis zu dem festgesetzten Zahlungstermin habe sichern wollen, obwohl auch dieß wieder von den Umständen abhängt und sich nicht allgemein behaupten läßt.

Kann hienach der Schuldner, auch wenn eine bestimmte Zeit für die Erfüllung festgesetzt ist, im Zweifel auch vor dieser Zeit erfüllen, so darf die Erfüllung doch niemals zur ungelegenen, unpaßlichen oder unangemessenen Zeit, nicht inopportuno tempore, wie die römischen Rechtsquellen besagen, erfolgen.[10] Es ist dieß jedoch nicht etwas Besonderes für Fälle dieser Art, sondern eine für jede Zahlung geltende Regel, deren Anwendung auf den einzelnen Fall von den besonderen Verhältnissen desselben abhängt und dem richterlichen Ermessen unterliegt. Die Frage, ob die gewählte Zeit unangemessen ist, wird übrigens hauptsächlich sich erheben, wenn zur Nachtzeit, oder an Sonn- oder Festtagen die Leistung angeboten wird; allein es kann die Wahl der Zeit auch aus andern Gründen unpaßlich sein, und, wo dieß zutrifft, ist der Gläubiger berechtigt, die An-

[9] Neuffer, Zeitschrift Bd. I, S. 27—29; vergl. dieses Archiv Bd. III, S. 191, 192.

[10] l. 39 D. de solut. (46, 3); Mommsen, Beitr. zum Obligationenrecht Abth. III, S. 157, 49; sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 711.

Digitized by Google

nahme der angebotenen Zahlung zu verweigern, ohne sich dadurch eines Verzuges schuldig zu machen. Nach den Bestimmungen des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs Art. 332 hat die Erfüllung von Handelsgeschäften während der gewöhnlichen Geschäftszeit zu erfolgen.

Von größerer Bedeutung, als die Frage, ob der Gläubiger die Annahme einer vor der Verfallzeit angebotenen Zahlung verweigern kann, ist jedoch die oben schon berührte Frage, was der Schuldner zu leisten hat, wenn derselbe vor der Verfallzeit die Zahlung anbietet. In dieser Beziehung muß man davon ausgehen, daß der Schuldner verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung in der seiner Verbindlichkeit entsprechenden Weise zu bewirken und der Gläubiger nicht verpflichtet ist, eine andere, als die ihm obligationsmäßig geschuldete Leistung anzunehmen. Bei Anwendung dieses Rechtssatzes auf Zahlung von Geldschulden vor dem Eintritt der Erfüllungszeit werfen sich hauptsächlich zwei Fragen auf: darf bei unverzinslichen Schulden das Interusurium abgerechnet werden? und sind bei verzinslichen Schulden nur die bis zur Oblation fälligen Zinse oder sämmtliche Zinsen bis zu der festgesetzten Erfüllungszeit zu bezahlen?

Wird eine unverzinsliche Schuld vor dem für die Erfüllung festgesetzten Zeitpunkte bezahlt, so erhält der Gläubiger insofern mehr, als er der Obligation gemäß anzusprechen gehabt hätte, als er durch die frühere Zahlung in die günstige Lage versetzt wird, das Geld früher, als er es verlangen konnte, benützen, insbesondere es auf Zinsen anlegen und damit spekuliren zu können. Der Schuldner aber begibt sich des in der Möglichkeit der Benützung des Geldes liegenden Vortheils früher, als er durch den Inhalt der Verbindlichkeit dazu gezwungen wäre. Es fragt sich daher, ob der Schuldner, welcher zur Erfüllung vor dem dazu bestimmten Zeitpunkte berechtigt ist, den ihm dadurch möglicher Weise entgehenden und dem Gläubiger möglicher Weise zu gut kommenden Vortheil,

Digitized by Google

das sog. commodum repraesentationis oder interusurium, von seiner Leistung in Abzug bringen und dadurch diese mit dem Inhalt seiner Verbindlichkeit ausgleichen darf. Dieß ist jedoch entschieden zu verneinen. Denn wenn auch der Schuldner dem Gläubiger die Zahlung vor der Verfallzeit aufnöthigen darf, so versteht sich dieß doch nur von der vollen Zahlung und er kann mehr nicht verlangen, als daß der Gläubiger die geschuldete Leistung vor dem Eintritt der Verfallzeit annehme. Denn der Gläubiger hat ein Recht auf die Leistung in dem obligationsmäßigen Umfang und er kann zur Annahme einer dem Inhalte der Obligation nicht durchaus entsprechenden Leistung nicht gezwungen werden. Allerdings begibt sich der Schuldner durch die vorzeitige Leistung eines ihm obligationsmäßig zustehenden Vortheils, während anderer Seits dem Gläubiger möglicher Weise dadurch ein Vortheil zugewendet werden kann, auf den er nach dem Inhalt der Obligation keinen Anspruch hat. Allein es ist dieß ein Akt des freien Willens des Schuldners und wenn er auf einen Vortheil freiwillig verzichtet, den er dem Inhalte der Obligation gemäß anzusprechen gehabt hätte, so kann er für die Entgehung dieses Vortheils keine Entschädigung von dem Gläubiger beanspruchen, selbst wenn dieser seiner Seits einen Vortheil davon hätte. Zudem wird dem Gläubiger nicht schon durch die Zahlung vor der Verfallzeit an sich ein Vortheil gewährt, sondern nur wenn und soweit er die empfangenen Gelder sofort wieder nutzbar zu machen in der Lage ist und wirklich auch nutzbar macht, was von den Umständen abhängt. Abgesehen von einzelnen hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen gestattet daher auch das gemeine Recht dem freiwillig vor der Verfallzeit zahlenden Schuldner einen Abzug des Interusurium nicht.[11] Denn nicht nur ist in

[11] Schweppe, röm. Privatrecht Bd. III, §. 384; Wening-Ingenheim, Civilrecht Buch III, §. 28, Note w; Keller, Pand.

Digitized by Google

keiner der Gesetzesstellen, welche die Berechtigung des Schuldners, vor der Verfallzeit seine Verbindlichkeit zu erfüllen, aussprechen, von einem solchen Abzug die Rede, sondern es ist auch in der l. 88, §. 5, D. de legatis II, (31) ausdrücklich ausgesprochen, daß eine Zahlung vor Eintritt des dies zu einem Abzug des Interusurium nicht berechtige. Die l. 24, §. 2, D. soluto matr. (24, 3) aber, auf welche sich für die entgegengesetzte Ansicht bezogen wird, handelt nicht von dem Falle einer freiwilligen Zahlung des Schuldners vor der Verfallzeit, sondern von dem Falle einer gezwungenen Zahlung, indem ausgesprochen wird, daß der Schuldner, welcher zur Sicherheitsleistung wegen einer erst später verfallenden Schuld verpflichtet ist, die Sicherheit aber nicht leisten kann, zur sofortigen Zahlung unter Abzug des Interusurium verpflichtet sein solle. Dieß hat seinen guten Grund, sofern hier der Schuldner, wenn er voll bezahlen müßte, zu Tragung eines Nachtheils gezwungen würde, welchen er nach dem Inhalt seiner Verbindlichkeit zu tragen nicht verpflichtet ist. Ganz anders aber ist es im Falle einer freiwilligen Zahlung vor der Verfallzeit, da hier der Schuldner es sich selbst zuzuschreiben hat, wenn er dadurch in Nachtheil geräth. Demzufolge spricht auch das sächsische bürgerliche Gesetzbuch §. 719 aus, daß ein Schuldner, welcher eine unverzinsliche oder niedriger, als mit den höchsterlaubten Zinsen, zu verzinsende Schuld zahle, nicht berechtigt sei, ohne Einwilligung des Gläubigers einen Abzug aus dem Grunde zu machen, weil dieser in Folge der Vorausbezahlung einen Gewinn machen könne. Ebenso ist in dem bayerischen Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs Thl. II, Art. 102 bestimmt:

S. 486; Arndts, Pand. §. 220; Sintenis, Civilrecht Bd. II, §. 91, S. 155, 156; Vangerow, Pand. 6. Aufl., Bd. III, S. 201; Windscheid, Pand. Bd. II. Abth. 1, §. 274, Note 1; Rudorff, in Puchta's Pand. Vorles., 5. Aufl., Bd. II, S. 53, Note 1; Pachmann, in Schletters Jahrb. der deutschen Rechtswissenschaft Bd. V, S. 22.

Digitized by Google

„Der Gläubiger, welcher eine unverzinsliche Geldschuld vor der bestimmten Zahlungszeit annimmt, ist nur in Folge besonderer Verabredung verpflichtet, sich einen Abzug an der Geldsumme gefallen zu lassen." Zwar verliere, bemerken die Motive, [12] der Schuldner bei früherer Zahlung den Genuß des Geldes, während dem Gläubiger der Vortheil dieses Genusses zugehe; allein da der Schuldner zu einer solchen früheren Zahlung nicht verbunden sei, so habe er, wenn er sie doch leiste, entweder ein Interesse, es zu thun, z. B. im Falle einer längeren oder weiteren Entfernung vom bisherigen Wohnort, oder, wenn er kein Interesse habe, so gehe aus der früheren freiwilligen Zahlung offenbar hervor, daß er das zur Zahlung verwendete Geld nicht anders benützen wolle oder könne, und jedenfalls könne er, da er freiwillig handle, keinen Anspruch auf Vergütung des dem Gläubiger möglicher Weise zugehenden Vortheils machen. Es könne daher ein Interusurium außer dem Handelsverkehr für zuläßig nur erkannt werden, wenn der Gläubiger in dessen Abzug einwillige. [13] Dieselbe Ansicht hat in dem Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Anerkennung gefunden, indem der Art. 266 die Bestimmung enthält: „Zahlt der Schuldner vor der Erfüllungszeit eine unverzinsliche Schuld, so ist er nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Gläubigers einen Abzug wegen der

---

[12] Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Königreich Bayern (1861) S. 85.

[13] Puchta, Pand. 9. Aufl., §. 241 und Vorles. 5. Aufl. Bd. II, S. 53 hält die Abrechnung des Interusuriums schon dann für begründet, wenn die Zahlung vor der Verfallzeit nur mit dem Willen des Gläubigers geschieht; allein ohne stichhaltige Begründung. Auf dem Standpunkte von Puchta steht übrigens auch der großh. hessische Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs Abth. IV, Buch 1, Art. 231, Abs. 2; dagegen Lang, der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Königreich Bayern Heft II, S. 63, 64.

Digitized by Google

Zinsen zu machen, welche der Gläubiger von der vorausbezahlten Summe ziehen kann." [14] Auch das Züricher privatrechtliche Gesetzbuch bestimmt in §. 990, daß der Gläubiger, welcher eine verfrühte Zahlung annehme, nicht verpflichtet sei, um deßwillen sich einen Abzug an der schuldigen Summe gefallen zu lassen, und macht nur die Ausnahme, wenn nicht ein solcher in besondern Geschäftsverhältnissen durch die Uebung als sich von selbst verstehend gerechtfertigt sei, wobei das Gesetzbuch den Diskonto im kaufmännischen Verkehr im Auge hat. [15] Hiemit in Uebereinstimmung bestimmt auch das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 334: „Auch wenn der Schuldner vor dem Verfalltag zu zahlen befugt ist, ist er doch nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Gläubigers den Diskonto abzuziehen, insofern nicht Uebereinkunft oder Handelsgebrauch ihn dazu ermächtigen." Das württembergische Recht aber enthält für die Fälle der freiwilligen Zahlung einer unverzinslichen Forderung vor der Verfallzeit eine besondere Bestimmung nicht und es gelten daher die gemeinrechtlichen Grundsätze. Nur für den Fall einer gezwungenen Zahlung vor der Verfallzeit, wie sie in dem Falle eintritt, wo das für die Schuld bestellte Unterpfand in Folge einer Verschlimmerung der Substanz dem Gläubiger für seine Forderung nicht mehr hinlängliche Sicherheit gewährt und der Schuldner eine Ergänzung der Sicherheit durch anderweite Verpfändung nicht gewähren kann, muß der Gläubiger nach Art. 52 des Pfandgesetzes vom 25. April 1852, in Uebereinstimmung mit dem in der oben erwähnten l. 24, §. 2 D. soluto matr. aufgestellten Grundsatz, den Abzug der Zwischenzinsen sich gefallen lassen. Daß aber hieraus ein Schluß auf die Fälle der freiwilligen Zahlung

---

[14] Protokolle der Dresdener Kommission für deutsches Obligationenrecht Bd. I, S. 822—824, 846, Bd. II, S. 1665.

[15] Bluntschli, privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich Bd. III, S. 62.

Digitized by Google

vor der Verfallzeit nicht zulässig ist, ergibt sich aus dem, was dießfalls oben ausgeführt wurde.

Nicht so einfach ist die Beantwortung der zweiten Frage, was bei gestatteter freiwilliger Zahlung einer verzinslichen Schuld vor dem Eintritt der Erfüllungszeit von dem Schuldner zu bezahlen ist, ob er seiner Verbindlichkeit genügt, wenn er neben der Hauptschuld die Zinse bis zu dem Zeitpunkte der antizipirten Zahlung bezahlt, oder ob er auch die noch unverfallenen Zinse bis zur Erfüllungszeit zu entrichten und mit dem Kapitalbetrage seiner Schuld dem Gläubiger anzubieten hat. Entscheidend ist jedoch auch hier, daß der Schuldner in der seiner Verbindlichkeit entsprechenden Weise die Leistung zu bewirken hat und der Gläubiger nur eine obligationsmäßige Leistung anzunehmen verbunden ist. Die Beantwortung der voranstehenden Frage hängt daher davon ab, was im einzelnen Falle als Inhalt der Verbindlichkeit sich darstellt, ob mit andern Worten die Absicht der Parteien bei Festsetzung der Verzinslichkeit dahin ging, daß der Schuldner unbedingt bis zu der festgesetzten Erfüllungszeit die Zinse zu bezahlen habe, oder ob als Absicht der Parteien anzunehmen ist, daß dem Schuldner die Verzinsung nur bis zur Zeit der Zahlung der Schuld auferlegt werden wollte. Ist das erstere der Fall, so ist der Gläubiger die ihm vor dem Eintritt der Erfüllungszeit angebotene Leistung anzunehmen nur verpflichtet, wenn ihm mit der Hauptschuld auch die Zinse bis zum Fälligkeitstermine angeboten werden, trifft aber das Letztere zu, so genügt der Schuldner seiner Verbindlichkeit, wenn er nur die bis zum Zeitpunkt der antizipirten Zahlung verfallenen Zinse mit der Hauptschuld dem Gläubiger anbietet. Dem Herrn Verfasser des voranstehenden Aufsatzes ist hienach zuzugeben, daß der Gläubiger zur Annahme der ihm vor Eintritt des Fälligkeitstermins von dem Schuldner angebotenen Leistung nur dann verpflichtet ist, wenn ihm die ganze geschuldete Leistung, Alles, was ihm der Schuldner vermöge seiner Ver-

Digitized by Google

bindlichkeit zu leisten hat, angeboten wird, und dieß besagen auch die in dem gedachten Aufsatze angeführten Stellen der römischen Rechtsquellen. Allein damit ist die Frage nicht entschieden, was im einzelnen Falle als Leistung geschuldet wird und was daher der Schuldner bei einer vorzeitigen Zahlung dem Inhalte seiner Verbindlichkeit gemäß zu leisten hat. Dieß kann nur nach den Umständen des einzelnen Falles beurtheilt werden. Aus der Bestimmung der Verzinslichkeit einer betagten Schuld für sich allein folgt noch nicht nothwendig, daß dem Schuldner auch für den Fall der ihm gestatteten freiwilligen Zahlung seiner Schuld vor der Verfallzeit die Verbindlichkeit habe auferlegt werden wollen, die Zinsen aus der Hauptschuld bis zum Fälligkeitstermine zu bezahlen. Denn es kann der Zahlungstermin ebensowohl blos zur Erleichterung der Zahlung für den Schuldner und die Verzinsung nur als Aequivalent für die Anborgung der Hauptschuld bis zu deren Bezahlung festgesetzt sein. In diesem Falle aber läßt sich als Absicht der Kontrahenten nicht unterstellen, daß die Zinse auch im Falle einer früher erfolgenden Zahlung bis zu dem Fälligkeitstermine zu berechnen und zu bezahlen seien. Wird z. B. einem Schuldner nachgelassen, seine verzinsliche Schuld in Raten oder Zielern zu bezahlen und liegen keine Umstände für die Annahme vor, daß die Absicht der Kontrahenten dahin gegangen sei, es solle der Schuldner vor der Verfallzeit ohne Zustimmung des Gläubigers eine Zahlung überhaupt nicht leisten dürfen, so wird man der Regel nach anzunehmen haben, daß die Verzinsung nur bis zu dem Zeitpunkte der, wenn auch vor dem dies erfolgenden, Zahlung bedungen werden wollte und eine Verpflichtung des Schuldners zur Verzinsung über den Zeitpunkt der Zahlung hinaus nicht beabsichtigt wurde. Am wenigsten wird man dieß unterstellen können, wenn es sich um langjährige Zieler handelt, falls nicht besondere Umstände auf das Gegentheil hinweisen und die Annahme begründen, daß auch für den Fall einer von

Digitized by Google

dem Schuldner vor Eintritt der ihm nachgelassenen Zahlungstermine freiwillig geleisteten Zahlung der ganzen Schuld die Zinse bis zu diesen Terminen dem Gläubiger haben stipulirt werden wollen. Es läßt sich dieß ohne besondere dafür sprechende Gründe um so weniger unterstellen, als heutzutage die alsbaldige, anderweitige, sichere und nutzbringende Verwendung von Geldern keine Schwierigkeit zu haben pflegt und wohl in den meisten Fällen dem Gläubiger erwünscht sein wird, sein Geld zu erhalten, um solches anderwärts wieder verwenden zu können. Die Unterstellung, es sei von den Parteien, sobald überhaupt nur ein Verfalltermin für eine verzinsliche Schuld festgesetzt oder deren Zahlung in verzinslichen Zielern vereinbart worden, stets oder auch nur regelmäßig beabsichtigt, daß der Schuldner zur Zahlung vor der Verfallzeit nur unter der Bedingung der Zinszahlung bis zu dieser Zeit berechtigt sein solle, würde daher mit dem Leben im Widerspruch stehen und ebendaher sich nicht rechtfertigen lassen. Daß es jedoch auch Fälle geben kann, wo eine solche Bedingung der Zulassung einer verfrühten Zahlung als vereinbart zu betrachten ist, wurde schon oben erwähnt, und man wird hieher insbesondere auch den in dem voranstehenden Aufsatze erwähnten und auch von Mommsen [16] hervorgehobenen Fall rechnen müssen, wenn Jemand eine bestimmte Geldsumme auf eine bestimmte Zeit gegen Verzinsung bis zu diesem Zeitpunkte verliehen hat, da hier sich unterstellen läßt, daß das Darlehen eben nur gerade unter der Bedingung gegeben werden wollte, daß dem Gläubiger die Zinsen für die ganze bestimmte Zeit zu gut kommen, während derselbe für eine kürzere Zeit das Geld vielleicht gar nicht oder nicht unter denselben Bedingungen hingeliehen haben würde. Immer aber wird es auch in solchen Fällen wieder auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen und hienach zu ermessen sein, was als

[16] Beitr. zum Obligationenrecht Abth. III, S. 157.

Digitized by Google

Absicht der Parteien in der betreffenden Beziehung zu betrachten ist. Damit stimmt auch die Praxis der württembergischen Gerichte überein und dieselbe Ansicht liegt der bereits erwähnten Entscheidung des Obertribunals zu Grunde.

Dagegen ist in dem sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch §. 718 die in dem voranstehenden Aufsatze vertheidigte Anschauung zur Geltung gekommen, indem hier allgemein bestimmt ist: „Zahlt ein Schuldner eine verzinsliche Schuld im Voraus, so hat er die Zinsen auf die Zeit zwischen der Zahlung und Fälligkeit der Schuld mit zu entrichten," und es soll dieß schon vor Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs als Recht in Sachsen gegolten haben. Andere Gesetzbücher enthalten jedoch keine ähnliche Bestimmung und der bei den Dresdener Konferenzen gestellte Antrag, die Bestimmung des sächsischen Gesetzbuches auch in den Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse aufzunehmen, wurde mit überwiegender Mehrheit abgelehnt, indem bemerkt wurde, daß es auf die Gestaltung des einzelnen Falles und insbesondere darauf, zu wessen Gunsten, in wessen Interesse der Zahlungstermin festgesetzt sei, ankommen werde. Von einem Abgeordneten wurde ausgeführt, daß, wenn der Zahlungstermin der verzinslichen Schuld (lediglich) im Interesse des Schuldners bestimmt sei, der Schuldner das Recht habe, auch zeitiger mit dem Erfolge der Schuldtilgung zu zahlen, und der Gläubiger eine zeitigere Erfüllung annehmen müsse. Es könne mithin (im Zweifel) keine Rede davon sein, daß er bis zum Eintritt des Termins noch Zinsen zu erhalten habe. Sei aber der Verfalltag in der Art zu Gunsten des Gläubigers bestimmt, daß der Schuldner eine frühere Annahme seiten des Gläubigers nicht verlangen, dieser vielmehr die angebotene Leistung zurückweisen könne, so komme die Frage, ob der Schuldner weitere Zinsen zu zahlen habe, vorerst gar nicht in Betracht, weil der Gläubiger zur vorzeitigen Annahme

Digitized by Google

des Kapitals selbst dann nicht genöthigt werden könne, wenn der Schuldner zu Bezahlung der künftigen Zinsen bis zur Verfallzeit bereit sei. Verstehe sich aber der Gläubiger, trotz seines Rechtes auf Zurückweisung der Zahlung, freiwillig zu deren Annahme, so sei dieß ein Abgehen vom Vertrage und ein neues Abkommen, und er müsse sich dann, wenn er gleichwohl bis zum Verfalltag Zinsen haben wolle, solche besonders versprechen lassen. Thue er dieß nicht, so fehle es ihm an jedem Grunde, weitere Zinsen zu fordern, zumal da er die Erfüllung bereits angenommen habe. Die Frage, ob der Schuldner im letzten Falle, wenn der Zahltag im Interesse des Gläubigers festgesetzt worden und der Gläubiger in eine zeitigere Erfüllung gewilligt habe, Zinsen zu zahlen habe, sei daher lediglich danach zu entscheiden, ob dieß bei der Zahlung von den Betheiligten verabredet worden sei. [17]

---

5) Gesellschafts- oder Gehilfen-Vertrag? Kündigung wegen angeblichen Unfleißes.

Ein Rechtsfall.

(Mitgetheilt von Herrn Obertribunalrath Hörner.)

Zwischen dem Photographen J. B. und dem Maler J. V. wurde folgender Vertrag abgeschlossen:

Gesellschafts-Vertrag

zwischen ꝛc.

V. tritt in das bereits bestehende photographische Geschäft des J. B. unter folgenden Bedingungen ein:

1) Es verpflichten sich Beide, ihre volle Thätigkeit — B. im chemischen Theil und Beaufsichtigung und Leitung der photographischen Arbeiten und V. als Retoucheur und Maler und Leitung des künstlerischen Theils — zu verwenden.

---

[17] Protokolle der Dresdener Kommission zu Ausarbeitung eines allg. deutschen Obligationenrechts Bd. II, S. 1664, 1665.

Digitized by Google

2) Den Nutzen des Geschäfts betreffend verpflichtet sich B., an V. wöchentlich 30 fl. und vierteljährlich 5 Prozent der Bruttoeinnahme aus dem Portraitfache laut des hierüber zu führenden Buches auszubezahlen.

3) Die Dauer des Vertrages ist auf 10 Jahre festgesetzt und beginnt mit dem 8. Dezember und endet mit dem 8. Dezember.

4) Auflösung des Vertrages. — Der Vertrag wird aufgelöst durch einen etwaigen Todesfall eines oder des andern Theilhabers. Sollte aber der eine oder andere Betheiligte auf die Aufhebung des Vertrages ohne Rechtsgründe, bei welchen das Gesetz entscheidet, dringen, so hat er dem Anderen eine Entschädigung von .... zu bezahlen.

5) Bei Krankheitsfällen stellt B. einen Vertreter seiner Funktion; V. verzichtet bei andauernder Krankheit, z. B. über 8 Tage, auf Bezahlung, wogegen derselbe das Recht hat, bei andauernder Krankheit des B., wenn dessen Funktionen nicht mehr zum Wunsche des Ersteren versehen werden, auf Aufhebung des Vertrags zu dringen.

Gleichzeitig wurde folgende Bekanntmachung in den öffentlichen Blättern erlassen:

Photographische Anstalt
von
B. und V.

Durch den Beitritt des Malers V., welcher eine Reihe von Jahren in einem ähnlichen hiesigen Geschäfte thätig war, wird namentlich auch in künstlerischer Beziehung Allem aufgeboten werden, den strengsten Anforderungen auch auf diesem Gebiete zu entsprechen. Es verpflichtet sich daher diese Anstalt unter der neuen Firma .... B. und V.

Die gemeinschaftliche Arbeit begann im Dezember 1864, allein schon im Mai 1865 entließ B. den V. wegen angeblichen Unfleißes unter Ausbezahlung eines Wochenlohnes von 30 fl. V. verlangte Schadenersatz wegen ungerechtfertigter Kündigung des auf 10 Jahre eingegangenen Gesellschaftsverhältnisses. B. weigerte sich, Ersatz zu leisten, weil

Digitized by Google

es sich nicht um ein Gesellschaftsverhältniß, sondern um einen Gehilfenvertrag gehandelt habe, den er nach Maßgabe der Gewerbeordnung wegen Nichteinhaltung der regelmäßigen Geschäftsstunden von Seiten des V. ohne Kündigung zu lösen berechtigt gewesen sei.

Der Civilsenat des Obertribunals zu Stuttgart erkannte unter dem 18. Dezember 1867 den B. für ersatzpflichtig und führte aus, daß es sich nicht um einen Gehilfenvertrag, sondern von einem Gesellschaftsverhältnisse handle, dessen Kündigung vor Ablauf der festgesetzten Zeit, als voraussichtlich schädlich, intempestiv sei,[1] und wozu keine genügende Gründe vorgelegen seien. — Die nähere Ausführung in den Entscheidungsgründen war folgende:

Das zwischen dem Kläger und Beklagten abgeschlossene Vertragsverhältniß ist, sein endgiltiges Zustandekommen vorausgesetzt, als Gesellschaftsvertrag aufzufassen. Dieß ergibt sich aus der Absicht der Kontrahenten, wie solche zunächst aus der Aussage des Zeugen S. hervorgeht, der den Kläger zu Eingehung einer Association aufzufordern beauftragt war und denselben demzufolge später stets als Associé des Beklagten angesehen hat. Sodann aber ist die Vertragsurkunde vom 3. Dezember 1863 „Gesellschafts-Vertrag" überschrieben und spricht in ihrem Verlaufe von „den beiden Theilhabern", beziehungsweise „Betheiligten", sodann von „Aufhebung und Auflösung des Vertrages", einer für einen Dienstmiethvertrag ganz ungewöhnlichen Ausdrucksweise; endlich aber räumt die Vertragsurkunde dem Kläger das Recht ein, bei andauernder Krankheit des Beklagten, wenn dessen Funktion nicht nach seinem Wunsche versehen werde, auf Aufhebung des Vertrages zu dringen, eine Berechtigung, die einem Gehilfen wohl schwerlich je eingeräumt werden wird, wie denn der ganze Vertrag von einem Verhältniß der Unterordnung des Klägers unter den

[1] l. 65, §. 6 D. pro socio (17, 2); Holzschuher, Theorie und Kasuistik Bd. II, Abth. 2, S. 813.

Digitized by Google

Beklagten lediglich Nichts enthält, vielmehr auf die Grundlage der Gleichberechtigung beider Kontrahenten gebaut ist. Nimmt man zu dem Allem noch die Aufnahme des klägerischen Namens in die gemeinschaftliche „Firma", wodurch schon vor Einführung des Handelsgesetzbuches der Beklagte die Verpflichtung übernahm, die Handlungen des Klägers wenigstens Dritten gegenüber als die seines Gesellschafters zu vertreten, so kann man nicht daran zweifeln, daß nach der beiderseitigen Absicht dem Kläger zum Mindesten persönlich die Stellung eines Associé's eingeräumt werden wollte. Aber auch die in vermögensrechtlicher Beziehung festgesetzten Bestimmungen widersprechen wenigstens dem Begriffe eines Gesellschaftsvertrages nicht. So vor Allem nicht die Bestimmung, daß Kläger außer seinen Diensten Nichts in die Gesellschaft einzuwerfen hätte,[2] und ebensowenig der Umstand, daß er jedenfalls von allem Verluste frei war.[3] Wenn sodann auch die dem Kläger zugesagten 5 Prozent des Brutto-Ertrages eines der Geschäftszweige der Gesellschaft in Wirklichkeit nicht einen quotativen Gewinnantheil darstellen, eben weil es sich dabei von einer Quote des Rohertrages handelte, so war doch Kläger durch diese Zuweisung eines vom Erfolge des Geschäftes abhängigen Theiles der Erträgnisse desselben bei dessen Betriebe interessirt, was wiederum für seine Eigenschaft als Gesellschafter spricht. Daß aber endlich die Bezüge des Klägers in der Hauptsache in salairähnlichen wöchentlichen Raten zum Voraus festgesetzt waren, hebt den Begriff der Gesellschaft nicht auf, weil die Gesetze auch die Fixirung des Gewinnantheils in zum Voraus festgesetzten Beträgen nicht ausschließen.[4] Die Voraussetzung, auf welcher diese Art der Festsetzung des Gewinnantheils beruht, nämlich die Unterstellung, daß überhaupt ein Gewinn bei dem Geschäfts-

[2] arg. l. 6 i. f. l. 29 pr. i. f. D. h. t.

[3] §. 2 J. h. t. — l. 29 §. 1 D. h. t.

[4] l. 52 §. 7 D. h. t.; Sintenis, Civilrecht Bd. II, S. 700, Note 35.

Digitized by Google

betriebe sich ergeben haben müsse,[5] trifft aber zu, soferne die wöchentlich zu beziehenden 30 fl. nicht als Salair, sondern ausdrücklich als Antheil am Nutzen des Geschäftes bezeichnet werden, und von keiner Seite behauptet worden ist, daß sich überhaupt kein Gewinn bei dem gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebe ergeben habe.

Noch ist zu erwähnen, daß der Umstand, daß nicht die Gesellschaft, sondern der Beklagte sich verpflichtet hat, die betreffenden Beträge an den Kläger auszubezahlen, darum unerheblich ist, weil Kläger mit seinen Ansprüchen an Niemand als an den die Kasse führenden Gesellschafter gewiesen werden konnte.

Hat es sich dem Ausgeführten zufolge um einen auf eine bestimmte Reihe von Jahren eingegangenen Gesellschaftsvertrag gehandelt, so waren die vom Beklagten geltend gemachten Gründe, soweit sie bewiesen sind, nicht genügend, denselben einseitig vor der Zeit zu lösen. Es ist zwar richtig, daß Kläger sich verpflichtet hat, seine volle Thätigkeit als Retoucheur und Maler auf die Leitung des künstlerischen Theiles des zu gründenden Geschäftes zu verwenden. Allein schon der Umstand, daß diese Verpflichtung beiden Gesellschaftern auferlegt war, deutet darauf hin, daß damit nichts Anderes gesagt sein sollte, als daß beide Gesellschafter sich ausschließlich diesem Geschäfte zu widmen hätten, jedenfalls aber kann in dem Ausdrucke „volle Thätigkeit" bei einem Gesellschafter nicht eine Verpflichtung zu pedantischer Einhaltung der für die Arbeiter bestehenden Geschäftsstunden gefunden werden; daß aber die Möglichkeit der Leitung des künstlerischen Theiles eines photographischen Geschäftes durch die Einhaltung der Geschäftsstunden bedingt sei, wird sich mit Grund nicht behaupten lassen. Faßt man im Uebrigen Alles in's Auge, was die Zeugen aussagen, so beschränkt sich dieß auf ein fünf- bis sechsmaliges Ausbleiben während eines ganzen Nachmittages

[5] Treitschke, Erwerbges. S. 6.

Digitized by Google

in einem Zeitraume von fünf Monaten und auf ein Nichteinhalten der für die Arbeiter maßgebenden Geschäftsstunden um durchschnittlich etwa eine Stunde des Tages. Es widerspricht aber der Anschauung des täglichen Lebens, zumal bei einem in das Gebiet der Kunst einschlagenden Geschäfte, aus einem derartigen Mangel an Fleiß einen Grund herzuleiten, nach einem Zeitraum von nur fünf Monaten, auch wenn zugegebenermaßen Ermahnungen zu größerem Fleiße und Besserungsversprechen vorgekommen sind, ein auf mindestens sechs Jahre eingegangenes Gesellschaftsverhältniß einseitig zu lösen. Diese Anschauung muß aber entscheiden, da sie die einzige Erkenntnißquelle für das in diesem Falle schließlich entscheidende richterliche Ermessen ist.[6]

---

6) Die Besetzung der Civilkammern der Kreisgerichtshöfe und des Obertribunals bei Verhandlung und Entscheidung von Handelsstreitsachen, welche vor dem 1. Februar d. J. bei dem Civilsenate eines Kreisgerichtshofes oder des Obertribunals anhängig geworden sind.

(Von Kübel.)

Bis zur Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches bestanden in Württemberg für Handelssachen keine besonderen Gerichte; sie wurden, wie alle anderen Streitsachen, von den ordentlichen Civilgerichten verhandelt und entschieden und auch die in der Justiznovelle vom 15. September 1822 getroffene Bestimmung, daß zu der Verhandlung und Entscheidung schwieriger Handelsstreitigkeiten in allen Instanzen ein Kaufmann mit vollem Stimm-

[6] Vergl. l. 14—16 D. pro socio (17, 2); a. d. Handelsgesetzbuch Art. 125.

Digitized by Google

recht beigezogen werden solle, war niemals in allgemeine Uebung gekommen. Dagegen waren zwar durch die mit der Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches in Wirksamkeit getretene Handelsgerichtsordnung vom 13. August 1865 Handelsgerichte erster Instanz, in theilweiser Besetzung mit Handelsrichtern aus dem Kaufmannsstande, in Stuttgart, Ulm, Heilbronn und Reutlingen errichtet und als Gericht zweiter Instanz für die an diese Handelsgerichte gewiesenen Handelssachen ein, theils durch Mitglieder des Civilsenates des Obertribunals, theils durch Handelsgerichtsräthe aus dem Kaufmannsstande besetztes Oberhandelsgericht gebildet worden. Allein es waren dieß nur Platzgerichte für bestimmte Bezirke, während in den keinem der vier Handelsgerichte zugetheilten Bezirken die streitige Gerichtsbarkeit in Handelssachen nach wie vor den ordentlichen Gerichten verblieben war und der Rechtszug von den betreffenden Oberamtsgerichten auch in Handelssachen an den Civilsenat des vorgesetzten Kreisgerichtshofes und von diesem an den Civilsenat des Obertribunals ging. Das mit dem 1. Februar 1869 in Wirksamkeit getretene Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. März 1868 hat die vier Handelsgerichte aufgehoben und alle Handelsstreitsachen wieder den ordentlichen Gerichten zugewiesen. Dagegen aber ist für deren Verhandlung und Entscheidung allgemein die Zuziehung von Schöffen aus dem Kaufmannsstande angeordnet und insbesondere bestimmt worden, daß die Civilkammern der Kreisgerichtshöfe in Handelssachen in der Besetzung mit drei rechtsgelehrten und zwei dem Kaufmannsstande angehörigen Schöffen (Art. 15) und die Civilkammer des Obertribunals als Oberhandelsgericht in der Besetzung mit drei, beziehungsweise vier rechtsgelehrten Richtern und zwei, beziehungsweise drei dem Kaufmannsstande angehörigen Schöffen (Art. 22) zu verhandeln und zu entscheiden haben, während bis dahin diejenigen Handelsstreitsachen, welche den ordentlichen Gerichten verblieben und im Rechtszuge an den Civilsenat eines Kreisgerichtshofes oder des Obertribunals

Digitized by Google

gelangt waren, von den Civilsenaten ohne Beiziehung von Schöffen entschieden wurden.

Bezüglich derjenigen Handelsstreitsachen, welche vor dem 1. Febr. 1869 im Rechtszuge an den Civilsenat eines Kreisgerichtshofs, beziehungsweise des Obertribunals gelangt und bei dem betreffenden Senate anhängig geworden sind, sonach, wenn sie vor dem 1. Febr. entschieden worden wären, von dem betreffenden Civilsenate in der ausschließlichen Besetzung mit rechtsgelehrten Richtern zu entscheiden gewesen wären, welche aber unter den Begriff von Handelsstreitsachen im Sinne der Art. 22, Abs. 1 und Art. 32, Ziff. 1 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom 13. März 1868, sowie des Art. 9 der Civilprozeßordnung vom 3. April 1869 fallen, und daher im Falle der Anwendbarkeit des Gerichtsverfassungsgesetzes unter Zuziehung von Schöffen zu entscheiden sein würden, entsteht nun die Frage, ob, wenn die gedachten Streitsachen erst nach dem 1. Febr. 1869 zur Verhandlung und Entscheidung kommen, dieselben von der betreffenden Civilkammer in der Besetzung mit fünf rechtsgelehrten Richtern einschließlich des Vorsitzenden, oder unter Zuziehung von zwei Schöffen aus dem Kaufmannsstande an der Stelle von zweien jener fünf Richter, zu verhandeln und zu entscheiden sind?

Eine besondere Bestimmung bezüglich dieser Frage ist in der neuen Gesetzgebung nicht enthalten. Die transitorischen Bestimmungen, welche der Civilprozeßordnung angehängt sind, haben, soweit sie auf die Rechtsmittelinstanz Bezug haben, nur die Fragen zum Gegenstand, in wieweit die Statthaftigkeit der ordentlichen Rechtsmittel nach dem bisher geltenden Prozeßrecht zu beurtheilen sei und in welchen Fällen das alte Verfahren in der Rechtsmittelinstanz einzutreten habe. In dieser Beziehung ist allerdings bestimmt, wie dieß auch den sonst dießfalls geltenden Rechtsgrundsätzen entspricht, daß die Bestimmungen der neuen Civilprozeßordnung über die Rechtsmittel und das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz nur

Digitized by Google

dann Anwendung finden, wenn das angefochtene Urtheil am 1. Febr. 1869 oder nach demselben eröffnet worden. In allen andern und somit insbesondere auch in denjenigen Fällen, welche schon vor dem 1. Februar 1869 bei dem Civilsenate eines Kreisgerichtshofes oder des Obertribunals anhängig geworden sind, ist die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels nach dem bisher geltenden Rechte zu beurtheilen und ist letzteres auch für das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz maßgebend. In welcher Besetzung aber die Civilkammern der Kreisgerichtshöfe und des Obertribunals die vor dem 1. Febr. 1869 im Rechtszuge an sie gelangten und daher nach dem bisherigen Prozeßrecht zu behandelnden Streitsachen jetzt nach dem 1. Februar 1869 zu verhandeln und zu entscheiden haben, darüber ist eine transitorische Bestimmung nicht getroffen und auch die Justizministerialverfügung vom 29. Dezember 1868, betreffend die Einführung der neuen Gerichtsverfassung, hat diese Frage unberührt gelassen. Man ist daher dießfalls lediglich an die Bestimmungen des Gesetzes über die Gerichtsverfassung gewiesen. Denn die bis zum 1. Febr. 1869 bestandenen Gerichte und die für deren Besetzung bestandenen Vorschriften haben mit dem am 1. Febr. erfolgten Eintritt der neuen Gerichtsverfassung zu bestehen aufgehört, es sind die durch das Gerichtsverfassungsgesetz eingesetzten Gerichte an die Stelle der zuvor bestandenen Gerichte getreten und lediglich jenes Gesetz ist fortan dafür maßgebend, in welcher Besetzung die neuen Gerichte die ihnen zugewiesenen Streitsachen zu verhandeln und zu entscheiden haben. [1]

Nun sind nach Art. 11 und 15, beziehungsweise Art. 20 und 22 des Gerichtsverfassungsgesetzes an die Stelle der Civilsenate der bis daher bestandenen vier Kreisgerichtshöfe die Civilkammern der neugebildeten acht Kreis-

[1] Vergl. auch Art. 8, Abs. 1 der Civilprozeßordnung vom 3. April 1868.

gerichtshöfe, und an die Stelle des vormaligen Civilsenates des Obertribunals die Civilkammer des Obertribunals getreten. Daß diese Civilkammern die bei den Civilsenaten der Kreisgerichtshöfe und des Obertribunals vor dem 1. Febr. 1869 anhängig gewordenen und vor diesem Tage nicht erledigten Streitsachen zu verhandeln und zu entscheiden haben, steht demgemäß außer Zweifel. Eine andere Frage ist es, wie die betreffende Civilkammer bei der Verhandlung und Entscheidung dieser Sachen besetzt sein muß. Allein auch diese Frage kann nach dem schon Bemerkten nur aus den Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes entschieden werden. Dieses bestimmt aber in Art. 15, daß die Civilkammern der Kreisgerichtshöfe (in Nichthandelssachen) in der Besetzung mit fünf rechtsgelehrten Richtern einschließlich des Vorsitzenden zu verhandeln und zu beschließen, bei der Verhandlung und Entscheidung von Handelssachen aber an die Stelle von zweien jener fünf Richter zwei dem Kaufmannsstande angehörige Schöffen zu treten haben. Und im Art. 22 ist bestimmt, daß die Civilkammer des Obertribunals (in Nichthandelssachen) gleichfalls in der Besetzung mit fünf rechtsgelehrten Richtern einschließlich des Vorsitzenden und nur bei Berufungen und bei Nichtigkeitsklagen gegen Erkenntnisse des Obertribunals in der Besetzung mit sieben rechtsgelehrten Richtern (einschließlich des Vorsitzenden), in Handelssachen aber in der Besetzung mit drei rechtsgelehrten Richtern und zwei Schöffen aus dem Kaufmannsstande, beziehungsweise bei Berufungen und bei Nichtigkeitsklagen gegen Erkenntnisse des Obertribunals in der Besetzung mit vier rechtsgelehrten Richtern und drei Schöffen zu verhandeln und zu entscheiden habe. Diese für die Besetzung der Civilkammern der Kreisgerichtshöfe und des Obertribunals gegebenen Bestimmungen müssen zur Anwendung kommen, mag die Streitsache, über welche die betreffende Civilkammer zu verhandeln und zu entscheiden berufen ist, vor dem 1. Febr. 1869 oder nachher bei derselben anhängig geworden sein.

Digitized by Google

Denn es gibt bezüglich der Besetzung der Civilkammern überhaupt keine anderen Bestimmungen, als solche in dem Gerichtsverfassungsgesetze enthalten sind, und wenn eine Civilkammer verhandelt und beschließt, so kann dieß ebendaher auch nur in derjenigen Besetzung geschehen, welche durch das Gerichtsverfassungsgesetz für die fraglichen Beschlüsse und Entscheidungen der Civilkammern vorgeschrieben ist. Hieraus folgt, daß Nichthandelssachen, auch wenn sie vor dem 1. Febr. 1869 bei der Civilkammer eines Kreisgerichtshofes oder des Obertribunals anhängig geworden sind, von der betreffenden Civilkammer fortan in der Besetzung mit nur fünf rechtsgelehrten Richtern einschließlich des Vorsitzenden zu verhandeln und zu entscheiden sind, obwohl die bisherigen Civilsenate, an deren Stelle die Civilkammern getreten sind, der Regel nach mit fünf rechtsgelehrten Richtern außer dem Vorsitzenden besetzt waren. Ebenso aber ist es eine nothwendige Folge der ausschließlichen Geltung der Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes für die Gerichtsbesetzung, daß in Handelssachen die Civilkammern der Kreisgerichtshöfe und des Obertribunals fortan stets unter Zuziehung von Schöffen zu beschließen und zu entscheiden haben, ohne daß es darauf ankommen kann, ob die fragliche Handelsstreitsache schon vor dem 1. Febr. 1869 bei dem Civilsenate eines Gerichtshofes oder des Obertribunals anhängig geworden ist. Das Gesetz kennt keine Ausnahme, es spricht ganz allgemein aus, daß die Civilkammern in Handelssachen unter Zuziehung von Schöffen zu verhandeln und zu entscheiden haben und es läßt sich nicht absehen, wie sich eine Abweichung hievon sollte rechtfertigen lassen, sobald einmal feststeht, daß eine vor dem 1. Febr. 1869 bei einem Civilsenate anhängig gewordene und jetzt zu verhandelnde und zu entscheidende Streitsache eine Handelsstreitsache im Sinne des Gesetzes ist.

Es läßt sich auch aus den bezüglich der Rechtshängigkeit geltenden Grundsätzen eine andere Folgerung nicht

Digitized by Google

ziehen. Zwar ist eine Folge der Rechtshängigkeit, daß eine Streitsache von demjenigen Gerichte, bei welchem sie rechtshängig geworden, auch zu verhandeln und zu entscheiden ist, und hieraus folgt, daß wenn jenes Gericht durch eine neue Gerichtsorganisation aufgehoben wird, die Streitsache an dasjenige Gericht übergeht und von demjenigen Gerichte verhandelt und entschieden werden muß, welches in Folge der veränderten Gerichtsorganisation an die Stelle des aufgehobenen Gerichtes getreten ist. An die Stelle der Civilsenate der Kreisgerichtshöfe und des Obertribunals sind aber die Civilkammern der neu errichteten Kreisgerichtshöfe und des Obertribunals getreten, und die Folge davon, daß eine Streitsache vor dem 1. Februar 1869 bei einem Civilsenate anhängig geworden, ist daher nur die, daß die fragliche Streitsache nunmehr an die an die Stelle des betreffenden Civilsenats getretene Civilkammer übergeht, und von dieser zur Verhandlung und Entscheidung zu bringen ist. Für die Frage aber, in welcher Besetzung die Civilkammern eine in dieser Weise an sie gekommene Streitsache zu verhandeln und zu entscheiden haben, ist der Umstand, daß die Sache schon vor dem 1. Februar 1869 anhängig geworden, unerheblich und die Beantwortung dieser Frage durch die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes gegeben. Der Umstand, daß der Civilsenat, bei welchem die Sache anhängig geworden, in anderer Besetzung zu beschließen und zu entscheiden gehabt hätte, als die an seine Stelle getretene Civilkammer, ist nicht maßgebend, denn die Bestimmungen, welche die Besetzung der Civilsenate regelten, bestehen nicht mehr und für die Besetzung der Civilkammern gibt es keine andere Normen, als sie in dem Gerichtsverfassungsgesetze enthalten sind. Dabei kann es keinen Unterschied machen, daß die Civilsenate ausschließlich mit rechtsgelehrten Richtern besetzt waren und auch in Handelssachen ohne Zuziehung von Schöffen zu entscheiden hatten. Denn dieß ist eben durch das neue Gesetz geändert und in gleicher Weise, wie die

Digitized by Google

Civilkammern in Nichthandelssachen, auch wenn diese vor dem 1. Februar 1869 bei einem Civilsenate anhängig geworden, nur in der jetzt vorgeschriebenen Besetzung mit fünf rechtsgelehrten Richtern einschließlich des Vorsitzenden zu entscheiden haben, so haben sie in Handelssachen fortan unter Zuziehung von Schöffen zu verhandeln und zu beschließen. Wie die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes bezüglich der Besetzung der Civilkammern im ersten Falle maßgebend sind, müssen sie es mit nothwendiger Konsequenz auch im zweiten Falle sein.

Etwas Anderes wäre es, wenn das Gerichtsverfassungsgesetz besondere Handelsgerichte für Handelssachen errichtet und diese den ordentlichen Gerichten entzogen hätte. In diesem Falle könnte vielleicht mit Rücksicht auf die Grundsätze der Rechtshängigkeit geltend gemacht werden, daß eine bei den ordentlichen Gerichten bereits anhängig gemachte Handelsstreitsache auch nach Eintritt der neuen Gerichtsverfassung bei den ordentlichen Gerichten verbleiben müsse. Allein das Gerichtsverfassungsgesetz hat nicht Handelsgerichte eingeführt, sondern vielmehr dieselben, soweit sie bestanden; aufgehoben und alle Handelssachen an die ordentlichen Gerichte gewiesen und nur bezüglich der Besetzung der ordentlichen Gerichte bei der Verhandlung und Entscheidung von Handelssachen hat das Gerichtsverfassungsgesetz besondere Bestimmungen getroffen und die Zuziehung von Schöffen vorgeschrieben. In den Motiven zu dem Entwurfe eines Gesetzes über die Gerichtsverfassung ist dießfalls gesagt, es dürfte mit der allgemeinen Durchführung des öffentlich mündlichen Civilverfahrens ein Hauptgrund der Einführung abgesonderter Handelsgerichte hinwegfallen, und die Rechtsungleichheit, welche in dieser Beziehung gegenwärtig zwischen den einzelnen Bezirken des Landes bestehe, möglichst wieder zu beseitigen sein. Es genüge wohl an der Bestimmung, daß in Handelssachen bei den Oberamtsgerichten jedenfalls ein Kaufmann als Bezirksrichter zu fungiren, bei den Kreisgerichten und dem

Digitized by Google

Obertribunal eine angemessene Zahl von Handelsrichtern oder Handelsgerichtsräthen anstatt ebenso vieler Rechtsgelehrten einzutreten habe.[2] Im Einklang hiemit ist im Art. 2 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung bestimmt, daß die seither für einzelne Bezirke den Handelsgerichten zugewiesenen Geschäfte an die Oberamtsgerichte, beziehungsweise Kreisgerichtshöfe unter Mitwirkung von Angehörigen des Kaufmannsstandes übergehen, und ebenso erhellt aus den Bestimmungen der Art. 7, Abs. 3, Art. 11, 15, 20 und 22, daß auch in Handelssachen die für alle Streitsachen bestellten ordentlichen Gerichte, die Oberamtsgerichte, die Civilkammern der Kreisgerichtshöfe und die Civilkammer des Obertribunals, nur unter Zuziehung von Schöffen aus dem Kaufmannsstande, also mit theilweise veränderter Besetzung, zu verhandeln und zu entscheiden haben. Zwar ist im Art. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes gesagt: „Bei dem Obertribunal besteht das Oberhandelsgericht," und im Art. 22, daß in Handelssachen von der Civilkammer des Obertribunals als Oberhandelsgericht verhandelt und entschieden werde. Auch ist in der Verfügung des K. Justizministeriums vom 15. Jan. 1869, betreffend die Dienstvorschriften für die Kreisgerichtshöfe, §. 24 bestimmt, daß die Civilkammern der Kreisgerichtshöfe in Handelssachen sich als „Civilkammer des K. Kreisgerichtshofs in . . . als Handelsgericht" zu benennen haben. Allein der Umstand, daß den Civilkammern, wenn sie in Handelssachen beschließen und entscheiden, der Name „Handelsgericht" und „Oberhandelsgericht" beigelegt wird, macht das Gericht nicht zu einem anderen und des Beinamens ungeachtet sind es auch in Handelssachen lediglich die Civilkammern, welche, nur mit theilweise veränderter Besetzung, verhandeln und entscheiden. Die theils im Gesetze,

[2] Entwurf eines Gesetzes über die Gerichtsverfassung mit Motiven S. 73; Verh. der Kammer der Abg. von 1866/68 Beil. Bd. I, Abth. 1, S. 27, 41. Vergl. auch Prot. Bd. II, S. 1102 ff., 1106 ff.

Digitized by Google

theils in der genannten Ministerialverfügung angeordnete Benennung der Civilkammern als Handelsgerichte und Oberhandelsgericht hat ihren Grund lediglich darin, daß man damit den Wünschen des Kaufmannstandes, der die Aufhebung der Handelsgerichte sehr widerwillig aufgenommen hatte und wegen des Verkehrs mit auswärtigen Kaufleuten Werth auf den Namen legte, wenigstens insoweit Rechnung tragen wollte. [3] Bezüglich der Civilkammern der Kreisgerichtshöfe ist die Benennung nicht einmal in das Gesetz aufgenommen worden. Nach Art. 15 ist es lediglich die Civilkammer, welche auch in Handelssachen, nur unter Beiziehung von zwei dem Kaufmannsstande angehörigen Schöffen an der Stelle von zweien der in anderen Streitsachen zur Besetzung der Civilkammern erforderlichen fünf rechtsgelehrten Richter, verhandelt und beschließt, ohne daß irgend von der Benennung der Civilkammer als Handelsgericht die Rede ist. Die Anordnung dieser Benennung in der Justizministerialverfügung vom 15. Januar 1869 beruht darauf, daß der Justizminister, um den schon erwähnten Wünschen des Kaufmannsstandes entgegenzukommen, bei der Berathung in der Kammer der Abg. bemerkte, es sei die Regierung im Falle des Einverständnisses der Kammer vollkommen in der Lage, von sich aus anordnen zu können, daß die Civilkammern der Kreisgerichtshöfe, wenn sie in Handelssachen thätig seien, sich als Handelsgericht bezeichnen, und daß seiten der Kammer hiegegen nichts erinnert worden ist. [4] Was sodann die Benennung der Civilkammer des Obertribunals als Oberhandelsgericht betrifft, so hatte der Regierungsentwurf hievon gleichfalls nichts enthalten, vielmehr war nur im Art. 24, Abs. 2 bestimmt, daß an der Verhandlung und Entscheidung von Handelsstreitigkeiten durch den Civilsenat des Obertribunals

[3] Verh. der Kammer der Abg. von 1866/68, Protok. Bd. II, S. 1103—1105.

[4] Ebendaselbst S. 1104, 1105.

Digitized by Google

bei Nichtigkeitsklagen gegen Erkenntnisse des Obertribunals vier rechtsgelehrte Richter und drei Handelsgerichtsräthe, in andern Fällen drei rechtsgelehrte Richter und zwei Handelsgerichtsräthe sich zu betheiligen haben.[5] Erst die Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten beantragte die Einschiebung des jetzigen Art. 2 des Gesetzes, um gleich hier auch die Handelssachen zu berücksichtigen,[6] während zum Art. 20 die Einschaltung des Satzes beantragt wurde: „Die Civilkammer erkennt unter Theilnahme von Angehörigen des Handelsstandes als Oberhandelsgericht,"[7] und an der Stelle des Art. 23 und 24 des Entwurfs der jetzige Art. 22 des Gesetzes, nur in etwas anderer Fassung dahin beantragt worden war: „Die Civilkammer verhandelt und beschließt in der Besetzung mit fünf rechtsgelehrten Richtern einschließlich des Vorsitzenden. Bei der Verhandlung und Entscheidung von Handelssachen treten an die Stelle von zweien jener fünf Richter zwei Schöffen."[8] Der Antrag auf Einschaltung des Art. 2 wurde in der Kammer der Abgeordneten ohne Bemerkung angenommen.[9] Dagegen wurde die zum Art. 20 beantragte Einschaltung des oben angeführten Satzes abgelehnt, weil dasselbe theils schon im Art. 2 stehe, theils im Art. 22 besser untergebracht werde,[10] und demzufolge erhielt dann der Art. 22, Abs. 1 seine jetzige Fassung.[11] Diese Geschichte des Gesetzes im Zusammenhalt mit den Bestimmungen, wie sie das Gesetz selbst enthält, bestätigt, daß, obwohl im Art. 2 des Gesetzes über die Gerichtsver-

---

[5] Ebendaselbst Beil. Bd. I, Abth. 1, S. 27, 41; der Entwurf eines Gesetzes über die Gerichtsverfassung mit Motiven S. 24, 73.

[6] Verh. der Kammer der Abg. von 1866/68, Beil. Bd. I, Abth. 3, S. 1371.

[7] Ebendaselbst S. 1378, 1379.

[8] Ebendaselbst S. 1380.

[9] Ebendaselbst Prot. Bd. II, S. 972.

[10] Ebendaselbst S. 1063.

[11] Ebendaselbst S. 1065.

Digitized by Google

fassung gesagt ist, daß bei dem Obertribunal das Oberhandelsgericht bestehe, dieses doch nichts anderes als die Civilkammer des Obertribunals nur mit theilweise veränderter Besetzung ist. Denn nach Art. 20 des Gerichtsverfassungsgesetzes bestehen bei dem Obertribunal zu Besorgung aller nicht dem vollen Rathe zugewiesenen Geschäfte nur drei Abtheilungen, die Civilkammer, das Ehegericht und die Strafkammer, und im Art. 22 ist die Civilkammer als diejenige Abtheilung des Obertribunals bezeichnet, welche in Handelssachen als Oberhandelsgericht zu beschließen hat. Auch letzteres ist somit in der Civilkammer inbegriffen und nicht ein von der Civilkammer verschiedenes Gericht; es ist dasselbe Gericht, die Civilkammer, welche in Nichthandelssachen, wie in Handelssachen, entscheidet, nur daß je nach dem Gegenstande, welchen die Civilkammer zu entscheiden hat, ihre Besetzung sich theilweise ändert. Hiemit steht in Uebereinstimmung, daß, wie schon bemerkt, der Regierungsentwurf nichts von einem bei dem Obertribunal bestehenden Oberhandelsgericht, sondern lediglich die Bestimmung enthielt, daß in der Verhandlung und Entscheidung von Handelsstreitsachen durch den Civilsenat des Obertribunals zwei Handelsgerichtsräthe neben drei rechtsgelehrten Richtern Theil zu nehmen haben, in der in den Motiven ausgesprochenen Absicht, das Oberhandelsgericht mit dem Civilsenate des Obertribunals enger zu verbinden; daß ferner nach dem ursprünglichen Antrag der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abg., obwohl sie den Namen des Oberhandelsgerichtes beizubehalten beantragte, der zweite Satz des Abs. 1 des von der Civilkammer des Obertribunals handelnden Art. 22 dahin lauten sollte: „Bei der Verhandlung und Entscheidung von Handelssachen treten an die Stelle von zweien jener (der rechtsgelehrten) fünf Richter zwei Schöffen," und die jetzige Fassung sachlich hierin nichts ändern sollte, sondern lediglich der Name „Oberhandelsgericht" eingeschaltet wurde, welcher der Civilkammer des Obertribunals bei der Ver-

Digitized by Google

handlung und Entscheidung von Handelssachen beigelegt werden sollte. Dieselbe Auffassung liegt offensichtlich auch der Justizministerialverfügung vom 29. Dezember 1868, betreffend die Einführung der neuen Gerichtsverfassung, zu Grunde, sofern hier Ziff. II, lit. A, Nr. 5 gesagt ist, es seien die bei dem bisherigen Oberhandelsgericht am 1. Febr. 1869 unerledigt vorliegenden Rechtssachen an die Civilkammer des Obertribunals abzugeben, [12] obwohl außer Zweifel steht, daß in diesen Rechtssachen die Civilkammer des Obertribunals als Oberhandelsgericht zu verhandeln und zu entscheiden hat. Endlich wird aber auch die hier vertheidigte Ansicht, daß es dieselben für alle Streitsachen bestellten ordentlichen Gerichte sind, welche auch in Handelssachen zu entscheiden haben, und daß nur die Besetzung der ordentlichen Gerichte, also insbesondere auch der Civilkammern der Kreisgerichtshöfe und des Obertribunals, in Handelssachen eine theilweise verschiedene ist, durch die Bestimmung des Art. 733, Ziff. 1 der Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 auf das schlagendste bestätigt, da hier die Beiziehung kaufmännischer Gerichtsmitglieder zur Verhandlung und Entscheidung eines Rechtsstreits lediglich als eine Frage der Gerichtsbesetzung behandelt und ausgesprochen wird, daß, wenn auch das Gericht bei der Verhandlung und Entscheidung eines Rechtsstreits den Bestimmungen des Gesetzes über die Gerichtsverfassung entgegen entweder nicht mit kaufmännischen Richtern besetzt gewesen, während solche hätten beigezogen werden sollen, oder mit kaufmännischen Richtern besetzt gewesen, während solche nicht hätten beigezogen werden sollen, hiedurch eine Nichtigkeit des Verfahrens nicht begründet werde. Auch in dem Berichte der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abg., auf deren Antrag der Satz 2 der Ziff. 1 des Art. 733 in das Gesetz aufgenommen worden ist, wird gesagt, daß eine nicht gehörige Besetzung des Ge-

[12] Reg.-Blatt von 1869, S. 5.

Digitized by Google

richtes auch dann vorliege, wenn gegen die Vorschriften des Gesetzes über die Gerichtsverfassung in Betreff der Beiziehung kaufmännischer Mitglieder in streitigen Handelssachen gefehlt sei. Nun wäre in Gemäßheit der Ziffer 1 des Art. 733 der Civilprozeßordnung (wonach die Nichtigkeitsklage gegen gerichtliche Urtheile statt findet, wenn das Gericht, welches das Urtheil erlassen hat, nicht gehörig besetzt war) die Nichtigkeit des Verfahrens in jedem Falle begründet, in welchem entgegen jenen Vorschriften die Zuziehung kaufmännischer Gerichtsmitglieder zur Verhandlung und Entscheidung eines Rechtsstreits unterblieben oder aber erfolgt wäre. Es sei jedoch nicht zu verkennen, daß hiedurch manchfache Inkonvenienzen für die Parteien und Verschleppungen der Prozesse erwachsen würden, was dann zu der Beantragung des zweiten Satzes der Ziffer 1 des Art. 733 führte. Hiemit scheint unwiderleglich ausgesprochen, daß es dieselben Gerichte sind, welche in Handels- und in Nichthandelssachen entscheiden und nur die Besetzung der Gerichte in dem einen oder andern Falle eine verschiedene ist. Denn wären es verschiedene Gerichte, welche in Handelssachen und in Nichthandelssachen zu entscheiden haben, so könnte es keine Frage der Gerichtsbesetzung sein, wenn von einer Civilkammer in einer Handelssache ohne Zuziehung von Schöffen oder in einer Nichthandelssache unter Zuziehung von Schöffen verhandelt und entschieden worden, sondern es wäre eine Frage der Kompetenz, es hätte bei dieser Unterstellung ein ganz anderes, unzuständiges Gericht entschieden, und es würde die Bestimmung der Ziff. 4 des Art. 733 Platz greifen müssen, nicht aber hätte die Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes bezüglich der Beiziehung von kaufmännischen Schöffen unter die Ziffer 1 des Art. 733 haben gestellt werden können. Ist aber hienach die Beiziehung oder Nichtbeiziehung der Schöffen lediglich eine Frage der Gerichtsbesetzung, so kann nach dem oben Ausgeführten der Umstand, daß eine Handelssache schon vor dem 1. Februar 1869 bei dem

Digitized by Google

Civilsenate eines Kreisgerichtshofs oder des Obertribunals anhängig geworden, der Anwendung der Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes bezüglich der Beiziehung von Schöffen zur Verhandlung und Entscheidung jener Sache nicht entgegen stehen, vielmehr hat die theilweise Besetzung der Civilkammer des betreffenden Kreisgerichtshofs oder des Obertribunals mit Schöffen auch in jener Sache zu erfolgen.

Es läßt sich auch nicht etwa einwenden, daß die Bestimmung des Gerichtsverfassungsgesetzes das mündliche Verfahren der neuen Civilprozeßordnung zur Voraussetzung habe und daher für das alte schriftliche Verfahren nicht maßgebend sein könne. Denn abgesehen davon, daß eine solche Voraussetzung im Gesetze nicht ausgesprochen ist, sondern hienach die Zuziehung von Schöffen bei allen Handelsstreitsachen ohne Unterschied zu erfolgen hat, kann ein schriftliches Verfahren in Handelsstreitsachen auch in Zukunft außerordentlicher Weise im Falle des Zutreffens der Voraussetzungen des Art. 779 der Civilprozeßordnung stattfinden, und es hat auch dieses außerordentliche schriftliche Verfahren in gleicher Weise, wie das mündliche Verfahren, vor der theilweise mit Schöffen besetzten Civilkammer zu geschehen.

Auch aus der Bestimmung des Schlußsatzes des Art. 9 der Civilprozeßordnung, wonach die Anwendung der Vorschriften bezüglich der Besetzung der Gerichte in Handelssachen auf die Handelsstreitsachen ausschließlich und für alle Instanzen durch die Begründung der Klage und zwar in der Regel durch die in der Klagschrift enthaltene Klagbegründung bestimmt wird, läßt sich für unsere Frage nichts abnehmen. Der Zweck dieser Bestimmung, wie er in dem Berichte der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten ausgesprochen ist, welchem die fragliche Bestimmung ihre Entstehung verdankt, ist lediglich der, ein dem Wechsel nicht unterworfenes sicheres prozessualisches Merkmal für den Begriff einer Handelsstreitsache und dem-

Digitized by Google

gemäß für die im einzelnen Falle eintretende Nothwendigkeit der Besetzung des Gerichtes mit Schöffen aufzustellen, und zu diesem Ende wurde bestimmt, daß nur die Klagbegründung, ohne Rücksicht auf Einreden und Widerklagen, und auch für die Berufungsinstanz nur jene und nicht die Berufungsbeschwerde entscheiden solle. Dabei wurde ausdrücklich bemerkt, wie es sich von selbst verstehe, daß bezüglich der Beurtheilung der Frage, ob nach Maßgabe der in erster Instanz gegebenen Klagbegründung eine Handelsstreitsache vorliege oder nicht, der höhere Richter durch die Auffassung des Richters der vorigen Instanz nicht gebunden werde. [13] Hieraus erhellt, daß, wenn auch in der unteren Instanz eine Streitsache ohne Zuziehung von Schöffen verhandelt worden ist, weil der Unterrichter die Sache nicht als Handelsstreitsache betrachtete, die Verhandlung und Entscheidung in zweiter Instanz unter Zuziehung von Schöffen erfolgen kann, wenn der höhere Richter der Ansicht ist, daß die Sache schon nach der in erster Instanz gegebenen Klagbegründung unter den Begriff einer Handelsstreitsache falle. Es ist sonach auch in Zukunft der Fall wohl denkbar, daß eine Sache, welche in der untern Instanz ohne Zuziehung von Schöffen entschieden worden, in zweiter Instanz unter Zuziehung von Schöffen zu entscheiden ist, wobei noch darauf hingewiesen wird, daß, wie schon bemerkt, nach Art. 733, Ziff. 1 der Civilprozeßordnung die den Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes zuwider unterbliebene Beiziehung kaufmännischer Schöffen zur Verhandlung und Entscheidung einer Handelsstreitsache eine Nichtigkeit des Verfahrens nicht begründet.

All diesem zufolge wird man sich dafür aussprechen müssen, daß auch die vor dem 1. Februar 1869 bei dem Civilsenate eines Kreisgerichtshofes oder des Obertribunals anhängig gewordenen und vor besagtem Tage nicht entschie-

[13] Die Civilprozeßordnung für das Königreich Württemberg Abth. II, S. 478.

Digitized by Google

denen Rechtssachen, wenn sie als Handelsstreitsachen sich darstellen, von der betreffenden Civilkammer eines Kreisgerichtshofs oder des Obertribunals unter Zuziehung von Schöffen nach Maßgabe der Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes zu verhandeln und zu entscheiden sind.

Anderer Ansicht war jedoch die Civilkammer des Obertribunals, welche sich in voller Versammlung [14] mit 7 gegen 6 Stimmen dahin aussprach, daß die vor dem 1. Februar 1869 bei dem Civilsenat des Obertribunals anhängig gewordenen Handelsstreitsachen von der Civilkammer des Obertribunals in der Besetzung mit fünf rechtsgelehrten Richtern, ohne Beiziehung von Schöffen, zu verhandeln und zu entscheiden seien. Für diese Ansicht wurde Folgendes geltend gemacht:

Der Art. 22 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung bestimme, daß in Handelssachen von der Civilkammer des Obertribunals als Oberhandelsgericht in der Besetzung mit drei rechtsgelehrten Richtern und zwei Schöffen zu verhandeln und zu entscheiden sei. Hiernach könnte es scheinen, daß in dieser Besetzung über alle Handelssachen ohne Rücksicht darauf, ob sie bei dem Obertribunal erst anhängig werden, oder schon vor der neuen Organisation anhängig geworden, verhandelt und entschieden werden müsse, indem nur hinsichtlich des Verfahrens das alte Recht bei den bereits anhängigen Prozessen noch zur Anwendung komme, die die Besetzung des Gerichtes betreffenden Bestimmungen aber mit Einführung der neuen Gerichtsverfassung für die alten Prozesse, wie für die neuen, in gleicher Weise wirksam geworden seien. Allein dieser Grundsatz werde, wie überhaupt auf die vor dem 1. Februar 1869 bei dem Civilsenat des Obertribunals anhängig gewordenen Prozesse, so auch auf die älteren Handelssachen, nur den Einfluß haben, daß die Verhandlung und Entscheidung der-

[14] Zwei Mitglieder waren durch Krankheit anzuwohnen verhindert.

Digitized by Google

ſelben nunmehr vor einem blos mit fünf rechtsgelehrten Richtern, einſchließlich des Vorſtands, beſetzten Kollegium vor ſich zu gehen habe, während bisher der Civilſenat in der Regel mit fünf Richtern außer dem Vorſtand beſetzt geweſen ſei. Eine Beſetzung des Kollegiums mit drei rechtsgelehrten Richtern und zwei Schöffen werde aber auch für Handelsſtreitſachen, wenn ſie vor dem 1. Febr. 1869 bei dem Civilſenat des Obertribunals anhängig geworden ſeien, nicht einzutreten haben. Denn ſolche Sachen gehören nicht vor die Civilkammer des Obertribunals als Oberhandelsgericht, ſondern vor die Civilkammer als ſolche. Sie ſeien bei dem Civilſenat als ſolchem anhängig geworden, und wie alle bei Einführung der neuen Prozeßordnung und Gerichtsorganiſation bereits anhängigen Rechtsſachen bei dem Gerichte, bei welchem ſie anhängig ſeien, bis zur Erledigung in der betreffenden Inſtanz anhängig bleiben, ſo bleiben auch die bei dem Civilſenat des Obertribunals anhängig gewordenen Sachen bei dieſem, beziehungsweiſe der jetzt an ſeine Stelle getretenen Civilkammer anhängig. Hieran könne auch der Umſtand nichts ändern, daß die Civilkammer des Obertribunals und das Oberhandelsgericht nicht als beſondere Kammern konſtituirt, ſondern in derſelben Kammer vereinigt ſeien. Denn auch die neue Gerichtsverfaſſung unterſcheide zwiſchen der Civilkammer als ſolcher und der Civilkammer als Oberhandelsgericht und ſchreibe für erſtere eine Beſetzung mit fünf rechtsgelehrten Richtern, für letztere eine Beſetzung mit drei rechtsgelehrten Richtern und zwei Schöffen vor. Es handle ſich alſo in Wahrheit von zwei verſchiedenen Gerichten oder wenigſtens zwei verſchieden beſetzten Abtheilungen deſſelben Gerichtes, deren jede für andere Prozeſſe kompetent ſei, und wie bisher unzweifelhaft das Oberhandelsgericht ein von dem Civilſenat des Obertribunals verſchiedenes Gericht gebildet habe, obgleich im Art. 15 der Handelsgerichtsordnung vom 13. Auguſt 1865 geſagt ſei, daſſelbe beſtehe aus dem

Digitized by Google

Civilsenat des Obertribunals und einer Anzahl Mitglieder aus dem Kaufmannsstande, so bilden auch nach der neuen Gerichtsverfassung die Civilkammer des Obertribunals als solche und die Civilkammer als Oberhandelsgericht schon vermöge ihres verschiedenen Ressorts zwei verschiedene Gerichte oder Gerichtsabtheilungen, wenn schon das Oberhandelsgericht nicht als besondere Kammer des Obertribunals konstituirt sei. Zwar führe der Art. 20 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung als die verschiedenen Abtheilungen des Obertribunals nur die Civilkammer, das Ehegericht und die Strafkammer auf, und begreife unter der Civilkammer auch das Gericht in Handelssachen. Allein der Art. 22 bestimme, daß die Civilkammer in Handelssachen als Oberhandelsgericht in der Besetzung mit drei rechtsgelehrten Richtern und zwei Schöffen zu verhandeln und zu entscheiden habe, während sie über Nichthandelssachen in der Besetzung mit fünf rechtsgelehrten Richtern zu verhandeln und zu entscheiden habe. Hiernach sei, selbst wenn man darauf kein Gewicht legen wollte, daß das Gesetz selbst hier von der Civilkammer als Oberhandelsgericht spreche, dieses also von der Civilkammer als solche unterscheide, jedenfalls so viel gewiß, daß, möge man nun die Civilkammer des Obertribunals in der Besetzung mit fünf rechtsgelehrten Richtern und in der Besetzung mit drei rechtsgelehrten Richtern und zwei Schöffen als ein und dasselbe Gericht oder als zwei verschiedene Gerichte betrachten, was am Ende auf einen bloßen Wortstreit hinauslaufe, dieselbe in der einen Besetzung über Nichthandelssachen, in der andern über Handelssachen zu verhandeln und zu entscheiden habe, daß also je nach der einen oder andern Besetzung ihre Kompetenz eine verschiedene sei. Sei aber die Civilkammer in der Besetzung mit fünf rechtsgelehrten Richtern das für Nichthandelssachen, in der Besetzung mit drei rechtsgelehrten Richtern und zwei Schöffen das für Handelssachen zuständige Gericht, so sei sie in der ersteren Besetzung an die Stelle

des seitherigen Civilsenats, in der letzteren Besetzung an die Stelle des seitherigen Oberhandelsgerichtes getreten, und es gehören ebendeßhalb die bisher bei dem Civilsenat anhängig gewesenen Prozesse vor die Civilkammer in der Besetzung mit fünf rechtsgelehrten Richtern, die seither bei dem Oberhandelsgericht anhängig gewesenen Prozesse an die Civilkammer in der Besetzung mit drei rechtsgelehrten Richtern und zwei Schöffen, wobei darauf, ob die bei dem Civilsenat seither anhängig gewesenen Prozesse eine Handelsstreitsache oder eine Nichthandelsstreitsache zum Gegenstand haben, nichts ankommen könne, indem die zur Zeit anhängigen Prozesse bei demjenigen Gerichte, bei welchem sie anhängig seien, beziehungsweise dem an dessen Stelle getretenen Gerichte auch anhängig bleiben und nicht an dasjenige Gericht übergehen, welches nach der neuen Organisation zuständig wäre.

Die Bestimmung, daß die Civilkammer des Obertribunals als Oberhandelsgericht in Handelssachen in der Besetzung mit drei rechtsgelehrten Richtern und zwei Schöffen zu verhandeln und zu entscheiden habe, werde daher nur auf solche Sachen zu beziehen sein, welche künftig anhängig werden, oder bisher schon bei dem Oberhandelsgericht anhängig gewesen seien, wie auch die Bestimmungen des neuen Gerichtsverfassungsgesetzes über die Zuständigkeit der verschiedenen Gerichte nur auf die neu anhängig werdenden Prozesse zu beziehen seien und nicht werde behauptet werden wollen, daß die bereits anhängigen Prozesse an diejenigen Gerichte abzugeben seien, welche nach der neuen Gerichtsverfassung zuständig wären, obgleich auch hier das Gesetz sich allgemein ausdrücke und nicht besonders hervorhebe, daß die neuen Kompetenzbestimmungen nur auf die neu anhängig werdenden Prozesse zu beziehen seien.

So wenig das Gewicht dieser für die Ansicht der Majorität des Obertribunals geltend gemachten Gründe verkannt werden soll, so dürften diese doch Bedenken immer

Digitized by Google

noch Raum geben und die oben vertheidigte Ansicht dadurch nicht widerlegt sein. Es wird im Eingang der vorstehenden Ausführung zugegeben, daß für die Frage der Besetzung der Gerichte nur noch die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes maßgebend sein können, und es wird die Anwendbarkeit der in diesem Gesetze bezüglich der Zuziehung von Schöffen zur Verhandlung und Entscheidung von Handelsstreitsachen gegebenen Bestimmungen auf die vor dem 1. Febr. 1869 bei dem Civilsenate des Obertribunals anhängig gewordenen Handelsstreitsachen nur darum bestritten, weil die Frage, ob die Civilkammer in der ausschließlichen Besetzung mit rechtsgelehrten Richtern oder unter Zuziehung von Schöffen die fraglichen Handelsstreitsachen zu verhandeln und zu entscheiden habe, nicht als eine Frage der Gerichtsbesetzung, sondern als eine Kompetenzfrage betrachtet wird. Gerade dieß wird sich aber nach dem oben Ausgeführten bezweifeln lassen. Die Annahme, daß die Civilkammer als solche, d. h. in der ausschließlichen Besetzung mit rechtsgelehrten Richtern und die Civilkammer als Oberhandelsgericht, in der theilweisen Besetzung mit Schöffen, zwei verschiedene Gerichte seien, ist in der oben vorangestellten Ausführung zu widerlegen gesucht worden. Wenn aber dagegen weiter bemerkt wird, daß es auf einen bloßen Wortstreit hinaus laufe, ob angenommen werde, es handle sich um zwei verschiedene Gerichte, oder um ein und dasselbe Gericht mit verschiedener Besetzung, da jedenfalls die Kompetenz je nach der Besetzung eine verschiedene sei, so möchte hier doch mehr als ein bloßer Wortstreit vorliegen, und gerade hierauf wesentlich die Entscheidung der Streitfrage beruhen. Denn gibt es, wie oben darzulegen gesucht worden, nur Eine für Handelssachen und Nichthandelssachen zuständige Civilkammer bei dem Obertribunal, wie bei jedem Gerichtshof und handelt es sich nur davon, wie solche je nach dem Gegenstande ihrer Funktion zu besetzen ist, so kann hierüber nach dem eigenen und unbestrittenen Ausgangspunkte

Digitized by Google

der für die Ansicht des Obertribunals gegebenen Ausführung nur der Inhalt des Gerichtsverfassungsgesetzes entscheiden und es hat, wenn die Civilkammer in anderer, als der dort vorgeschriebenen, Besetzung, also in Handelsstreitsachen ohne Beiziehung von Schöffen, handelt, nicht ein unzuständiges Gericht, sondern das zuständige Gericht nur in nicht gehöriger Besetzung gehandelt, was schon an sich und auch mit Rücksicht auf die Folgen etwas wesentlich Verschiedenes ist. Die schon oben angeführten Bestimmungen des Art. 733, Ziff. 1 und 4 der Civilprozeßordnung liefern hiefür den klarsten Beleg, indem sie zugleich die in diesem Aufsatze vertheidigte Ansicht bestätigen, daß es sich lediglich um eine Frage der Gerichtsbesetzung und nicht um eine Kompetenzfrage handelt. Nicht die Kompetenz der Civilkammer ist je nach deren Besetzung eine verschiedene, sondern die ebenso für Handels- wie für Nichthandelssachen kompetente Civilkammer ist, je nachdem sie über Sachen der einen oder andern Art zu beschließen hat, verschieden zu besetzen, und wie diese Besetzung zu erfolgen hat, darüber kann nur das Gerichtsverfassungsgesetz entscheiden, welches die für die Gerichtsbesetzung dermalen allein giltigen Normen enthält. Die beiden Fragen, ob ein Gericht für eine Handlung zuständig und wie dasselbe bei den einzelnen seiner Kompetenz anheimfallenden Handlungen zu besetzen ist, sind verschiedene und dürfen mit einander nicht vermengt werden. Wird eine Streitsache an ein Gericht gebracht, so ist die erste Frage, ob dasselbe für diese Sache kompetent ist und erst die zweite, wie das Gericht bei der Verhandlung und Entscheidung dieser Sache zu besetzen ist. Ein Gericht hat meistens mehr Mitglieder, als es zur Verhandlung und Entscheidung der einzelnen Streitsache bedarf; wie viele dieser Mitglieder beizuziehen sind, hat mit der Kompetenzfrage nichts zu thun, sondern ist eine die Kompetenz voraussetzende Frage der Gerichtsbesetzung. So gehören den Civilkammern nicht nur eine Anzahl von rechtsgelehrten

Digitized by Google

Richtern, sondern auch eine Anzahl von kaufmännischen Schöffen als Mitglieder an; wie viele derselben und ob Richter und Schöffen oder nur erstere allein in den einzelnen der Kompetenz der Civilkammern anheimfallenden Fällen beizuziehen sind, darüber entscheiden lediglich die für die Gerichtsbesetzung gegebenen Normen, und es ist stets immer wieder dasselbe Gericht, die Civilkammer, mit welchen und wie vielen Mitgliedern derselben sie im einzelnen Falle besetzt sein mag. Ist dieß richtig, so dürfte damit der Ansicht, daß die Civilkammer als solche an die Stelle des vormaligen Civilsenats, die Civilkammer als Oberhandelsgericht an die Stelle des vormaligen Oberhandelsgericht getreten sei, der Boden entzogen sein. Uebrigens möchten sich, selbst wenn es sich hier von einer Kompetenzfrage handeln würde, gegen den Satz, daß, weil die Civilkammer in der Besetzung mit Schöffen nur für Handelssachen kompetent sei, nur die für Nichthandelssachen kompetente Civilkammer in der Besetzung mit rechtsgelehrten Richtern als an die Stelle des vormaligen Civilsenats des Obertribunals getreten zu betrachten sei, Bedenken erheben lassen. Denn der Civilsenat des Obertribunals war ja für Handelsstreitsachen ebenso, wie für Nichthandelssachen (mit alleiniger Ausnahme der den Platzgerichten zugewiesenen Bezirke) kompetent; es läßt sich daher nicht wohl absehen, warum denn als an seine Stelle getreten nur die mit fünf rechtsgelehrten Mitgliedern besetzte Civilkammer zu betrachten sein sollte, während doch diese von gegnerischer Seite nur als für Nichthandelssachen kompetent bezeichnet wird. Vielmehr sollte man meinen, daß man auch von diesem Standpunkte aus darauf geführt werden müßte, die ganze Civilkammer in ihrer Totalität als an die Stelle des Civilsenates getreten zu betrachten, indem sie nur daneben noch weiter auch das Oberhandelsgericht in sich aufgenommen hat.

Das Obertribunal ist jedoch nicht bei dem Ausspruch stehen geblieben, daß die vor dem 1. Febr. 1869 bei dem

Digitized by Google

Civilsenate anhängig gewordenen und nach älterem Prozeßrecht zu erledigenden Handelsstreitsachen ohne Zuziehung von Schöffen zu erledigen seien, sondern es hat dasselbe noch weiter ausgesprochen, daß eine Zuziehung von Schöffen auch dann zu unterbleiben habe, wenn in einer vor dem 1. Febr. 1869 bei einem Kreisgerichtshof anhängig gewesenen Handelssache die Berufung an das Obertribunal gegen ein Urtheil ergriffen werde, das erst nach dem 1. Febr. 1869 zur Eröffnung gekommen sei. Zwar, wurde gesagt, sei in den Schlußbestimmungen der neuen Civilprozeßordnung verordnet, daß die Bestimmungen dieses Gesetzes über die Rechtsmittel und das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz auf alle diejenigen der Rechtskraft fähigen Urtheile Anwendung finden, welche am 1. Febr. 1869 zur Eröffnung gelangen, woraus man zu folgern geneigt sein könnte, daß auch die neuen Vorschriften in Betreff der Besetzung des Gerichtes in Fällen der gedachten Art zur Anwendung zu kommen haben. Allein die erwähnte Bestimmung beziehe sich nur auf die zur Anwendung zu bringenden Rechtsmittel und das Verfahren, nicht auch auf die Besetzung des Gerichtes, beziehungsweise den Instanzenzug. Hierüber finde sich in dem Gesetze keine besondere Bestimmung und nach allgemeinen Grundsätzen werde anzunehmen sein, daß der Instanzenzug an dasjenige Gericht gehe, welches ordentlicher Weise dem erkennenden Gerichte gegenüber die höhere Instanz bilde, also von den Civilkammern der Kreisgerichtshöfe an die Civilkammer des Obertribunals als solche. Erscheine aber die Civilkammer des Obertribunals als solche als das zuständige Berufungsgericht, so sei sie auch mit fünf rechtsgelehrten Richtern und nicht mit drei rechtsgelehrten Richtern und zwei Schöffen zu besetzen.

Es gilt hiegegen dasselbe, was oben schon ausgeführt worden und, wenn die oben vertheidigte Ansicht die richtige ist, so kann auch in den vorbezeichneten Fällen noch weniger zweifelhaft sein, daß die Beiziehung von Schöffen geboten

Digitized by Google

ist. Zweckmäßigkeitsgründe können selbstverständlich in dieser Frage keinen Ausschlag geben; allein, daß es bedauerlich wäre, wenn noch auf lange Zeit hinaus und selbst in Fällen, auf welche die Bestimmungen der neuen Civilprozeßordnung über das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz Anwendung zu finden haben, eine verschiedene Behandlung der Handelsstreitsachen in Beziehung auf die Besetzung der Civilkammern der Kreisgerichtshöfe und des Obertribunals eintreten müßte, wie dieß bei Festhaltung der Ansicht des Obertribunals der Fall wäre, wird wohl Niemand leugnen und es dürfte hierin seine Rechtfertigung finden, wenn in vorstehender Ausführung, des Plenarbeschlusses des Obertribunals ungeachtet, eine weitere Beleuchtung der Frage versucht wurde, zumal dieselbe auch von Seiten der Kreisgerichtshöfe zur Erörterung und Entscheidung wird kommen müssen, worüber Mittheilung hiemit freundlichst erbeten wird.

II.

Gesetzgebung.

Zur Genossenschaftsgesetzgebung mit besonderer Bezugnahme auf die Schrift von Schulze-Delitzsch, die Gesetzgebung über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften.

(Von Dr. Sarwey.)

Wenn von dem Genossenschaftswesen die Rede ist, so ist man gewöhnt, Erörterungen über die Arbeiterfrage zu erwarten. Man erweist hiemit demselben zu gleicher Zeit zu viel und zu wenig Ehre, zu viel Ehre, wenn man der Entwicklung der Genossenschaften die Kraft zutraut, die Arbeiterfrage zu lösen, zu wenig Ehre, indem das Ge-

Digitized by Google

nossenschaftswesen und seine Bedeutung keineswegs bloß auf den Kreis der Arbeiter, auch wenn man diesen Begriff soweit als möglich faßt, beschränkt ist. Daß die Genossenschaften vorzüglich aus dem Kreise der Arbeiter erwachsen, auch für sie eine besondere Bedeutung haben, hat seinen Grund nicht in dem Wesen der Genossenschaft, sondern in der thatsächlichen Lage der Arbeiter. Man muß aber, namentlich was Deutschland betrifft, feststellen, daß die zahlreichste und ausgedehnteste Art der Genossenschaften, die Vorschuß- und Kreditvereine dem Interesse des Kleingewerbes in viel größerem Umfang dient, als derjenigen Klasse, an welche man zunächst denkt, wenn von der Arbeiterfrage die Rede ist. Ebenso dehnen die Konsumvereine ihren Kreis auf alle Klassen der Gesellschaft aus, während die Produktivassociationen, welche den Kern der Arbeiterfrage, ihre Theilnahme an dem Kapitalgewinn, berühren, an Bedeutung und Zahl in Deutschland noch weit zurückstehen. Man muß hiernach das Wesen der Genossenschaften in Momenten suchen, welche an sich von der Arbeiterfrage ganz unabhängig sind. Die Genossenschaften beruhen alle auf dem Einen Grundgedanken, welcher allerdings mit voller Klarheit und Bestimmtheit zuerst in den englischen Arbeiterassociationen zum Ausdruck gekommen ist, daß eine unbestimmte Anzahl von Einzelnen, welche nicht die Mittel haben, für sich allein dieß zu erreichen, ihre Lage verbessern kann, indem sie durch ihre gemeinsame Verbindung und Thätigkeit, ohne ein bestimmtes Kapital zum Voraus aufbringen und von ihrem Vermögen ausscheiden zu müssen, ihre Einnahmen vermehrt und ihre Ausgaben vermindert. Auch denjenigen Verbindungen, welche auf geistige Zwecke gerichtet sind, liegt diese Absicht zu Grunde, sofern sie durch das Zusammenstehen die Mittel liefern sollen, um geistige Zwecke zu erreichen, deren Erreichung dem Einzelnen wegen Beschränkung seiner Mittel nicht möglich wäre. In diesem Sinn fallen zahlreiche längst bestehende Vereine, wie Sparkassen, Lesevereine, Kranken-, Sterbe-, Unter-

Digitized by Google

stützungskassen, ebenso wie die Vorschuß-, Konsum-, Arbeiterbildungsvereine, Produktivgenossenschaften u. s. f. unter den Genossenschaftsbegriff. Wenn in einem sehr lesenswerthen Aufsatz „die französische Enquête über die kooperativen Gesellschaften und das Gesetz vom 24. Juli 1867" von Dr. Ernst v. Plener [1] gesagt wird, „daß die Arbeiterassociationen ihren gemeinsamen Charakter in dem Versuch finden, innerhalb einer materiell und ungünstig gestellten Klasse durch Vereinigung der Kräfte dem Individuum wieder soviel an Kraft zu erwerben, als es nach seiner Klassenlage entbehrt," so kann man sich hiemit vollständig einverstanden erklären. Nur führt eben dieser Gedanke über den Kreis der Arbeiterassociation hinaus, da nur wenige Sterbliche in einer Lage sind, um nicht bezüglich einzelner Bedürfnisse die Vermehrung ihrer Kraft durch freie Vereinigung mit Andern zu suchen. Es ist daher wohl bezüglich des unmittelbaren Gegenstandes jenes Aufsatzes, der französischen Gesetzgebung über die sociétés coopératives, aber nicht an sich, namentlich nicht für Deutschland begründet, wenn v. Plener a. a. O. (S. 555) an den Jahresberichten von Schultze-Delitzsch die „Vermengung von nicht ganz zusammengehörigen Formen" tadelt, weil sie z. B. auch Tischlerassociationen aufführen, die in der Regel nichts seien, als Magazinskompagnien selbstständiger Meister.

Aus diesem Gattungsbegriff scheidet sich allerdings, jedoch nicht nach der Gesellschafts- oder Volksklasse, für welche sie berechnet sind, sondern nach andern Momenten ein Kreis von Genossenschaften als besondere Art aus, für welche sich der Kollektivausdruck „Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften" [2] bereits eingebürgert hat. Daß

---

[1] Tübinger staatswissenschaftliche Zeitschrift Bd. XXIV, S. 550—570.

[2] Wenn es möglich wäre, gegen sprachliche Formeln, welche sich eingebürgert haben, mit Erfolg zu kämpfen, wäre wohl zur

Digitized by Google

es nicht leicht ist, diesen Kreis mit einer kurzen Definition gegen die andern, unter den oben bezeichneten allgemeinen Gesichtspunkt fallenden, Vereine abzugrenzen, beweisen die eingehenden Erörterungen hierüber, welche der Fassung des ohne Aenderung in das norddeutsche Gesetz übergegangenen Art. 1 des preußischen Genossenschaftsgesetzes vom 27. März 1867 vorangegangen sind und über welche die Mittheilungen von Parisius [3] zu vergleichen sind. Doch ist es auf diesem Wege gelungen, eine Definition aufzustellen, welche dasjenige Moment, auf welchem die Besonderheit der wirthschaftlichen Genossenschaften beruht, scharf genug bezeichnet. Der Art. 1 des eben genannten Gesetzes bezeichnet die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, für welche sie bestimmt sind, als diejenigen Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, „welche die Förderung des Kredits, des Erwerbs oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken." Die frühere, von dem deutschen Genossenschaftsverband gebilligte und in dem ersten von Schultze-Delitzsch in der preußischen Kammer der Abgeordneten vorgeschlagenen Gesetzesentwurf aufgenommene, Definition enthielt noch die Worte „auf dem Wege der Selbsthilfe" nach „gemeinschaftlichem Geschäftsbetrieb." Diese frühere Hinweisung auf die Selbsthilfe hervorzuheben, ist nicht ohne Werth für den Einblick in das innere Wesen dieser Vereinigungen. Sie zeigt die

---

Kürzung vorzuziehen, diese Art von Genossenschaften „Genossenschaften" schlechthin im Gegensatz zu den andern „Vereinen" zu nennen. Wir werden im Folgenden die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften mit dem Ausdruck „wirthschaftliche Genossenschaften" bezeichnen, da der Erwerb auch in der Wirthschaft enthalten ist. Beiläufig bemerkt will sich ein süddeutsches Ohr auch nicht an den in dem preußisch-norddeutschen Gesetz gebrauchten, wenn gleich nach der Analogie von Gesellschafter richtig konstruirten Ausdruck „Genossenschafter" gewöhnen.

[3] Kommentar zum preußischen Gesetz vom 27. März 1867, Berlin 1868, Einl. S. XXXIX.

Digitized by Google

Tendenz der Genossenschaften, daß ihre Mitglieder durch eigene Kraft und Thätigkeit, mit ihrer Person und nicht mit fremder Hilfe, unter Ablehnung jeder Patronage bevorzugter Klassen, jeder Unterstützung durch fremdes Kapital, die den Beigeschmack der Wohlthätigkeit hätte, folgerichtig unter Ablehnung jeder Theilhaberschaft ungleicher, disparater Gesellschaftselemente, mit gleichen Rechten und gleichen Pflichten ihrer Aufgabe nachkommen wollen. Doch war es begründet, daß in dem von der preuß. Regierung eingebrachten Entwurf diese Worte gestrichen und von den preußischen Kammern nicht wieder eingesetzt wurden, weil die Hinweisung auf die Selbsthilfe ein subjektives Moment enthält, welches nicht greifbar ist oder ebenso gut bei jeder Verbindung mit gemeinschaftlichem Geschäftsbetrieb sich findet. Von dem großen Kreis der Gesellschaften mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, der unter den oben angegebenen allgemeinen Gesichtspunkt fällt, scheiden sich die wirthschaftlichen Genossenschaften durch die mit den Worten „durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb" richtig bezeichnete Eigenthümlichkeit aus, daß sie zu Erreichung ihres Zweckes, der ebendamit kein anderer sein kann, als die Förderung des Kredits, Erwerbs oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder, einen Geschäftsbetrieb und zwar einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb haben müssen. Eine Vergleichung mit andern ähnlichen Vereinigungen, mit Kranken- und Unterstützungsvereinen, Lesevereinen, Arbeiterbildungsvereinen, läßt dieses unterscheidende Merkmal der wirthschaftlichen Genossenschaften mit aller Schärfe erkennen. Auch diese Vereine machen einzelne Geschäfte. Aber der Kreis der Rechtsgeschäfte, welche sie zu Erreichung ihrer Zwecke vornehmen müssen, ist ein so beschränkter, daß man von einem Geschäftsbetrieb nicht sprechen kann. Sie verfolgen ihre Zwecke mit gemeinschaftlichen Mitteln, aber ohne einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb. Die Kranken- und Unterstützungsvereine ziehen ihre Beiträge ein, legen sie unter Umständen ver-

Digitized by Google

zinslich an und gewähren die statutenmäßigen Unterstützungen. Die Lesevereine, die Arbeiterbildungsvereine verschaffen sich gegen Bezahlung literarische und andere Bildungsmittel und erwerben unter Umständen ein Lokal durch Kauf oder Miethe. Damit ist der Kreis ihrer Rechtsgeschäfte geschlossen. Allerdings ist durch diesen Gegensatz nicht positiv dargelegt, was zu einem Geschäftsbetriebe gehört und es wird auch kaum gelingen, hiefür eine erschöpfende Definition zu finden. Allein mit demselben Rechte, mit welchem bei Abfassung des Handelsgesetzbuches darauf verzichtet wurde, den gewerbsmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften, welcher einen Einzelnen oder eine Mehrheit zum Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches macht, näher zu erläutern, kann hierauf auch bei den Worten „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb" verzichtet werden. Es ist für die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften hiemit immerhin aus ihrem inneren Wesen heraus ein sie von andern Genossenschaften hinreichend unterscheidendes Merkmal gewonnen. Vor Allem liegt hierin, daß sie vermögensrechtliche Vortheile unmittelbar als Zweck, nicht als Mittel zu andern Zwecken verfolgen. Sodann scheiden sie sich wiederum von andern auf vermögensrechtliche Vortheile gerichteten Verbindungen dadurch aus, daß sie auf einen unbestimmten und größern Kreis von Rechtsgeschäften zu Ereichung ihres Gesellschaftszweckes angewiesen sind und daß sie denselben gemeinschaftlich vornehmen müssen, um überhaupt ihren Zweck erreichen zu können. Sie sind hiermit als eine Art kommerzieller Gesellschaften von allen andern Vereinigungen mit unbestimmter Mitgliederzahl (Genossenschaften im weitern Sinn), gleichzeitig aber wieder von den Handelsgesellschaften als einer Art der kommerziellen Gesellschaften dadurch unterschieden, daß der Kreis ihrer Geschäftsthätigkeit nicht nothwendig in Handelsgeschäften im Sinne des Handelsgesetzbuches (Art. 271 u. f.) bestehen muß und sogar in der Mehrzahl der Fälle deßhalb nicht besteht, weil das Mitglied

Digitized by Google

der Genossenschaft dieser selbst gegenüber nicht als Dritter erscheint, an welchem die Genossenschaft einen Gewinn macht. [4]

Diese Besonderheit der wirthschaftlichen Genossenschaften konnte nicht ohne Einfluß auf ihre privatrechtliche Stellung sein und sie allein erklärt es, daß die Genossenschaftsfrage zugleich eine Frage des Privatrechts wurde, welche zum Austrag zu bringen, eine Aufgabe der Gesetzgebung ist. Schon längst bestehen alle Arten von Kranken-, Unterstützungs-, Sterbe-, Lesevereinen u. s. f., ohne daß dieselben zu einer besondern gesetzgeberischen Thätigkeit bezüglich ihrer privatrechtlichen Stellung gedrängt hätten. Je häufiger aber eine Mehrheit von Einzelnen in die Lage kommt, Rechtsgeschäfte vorzunehmen, um so mehr tritt neben ihrem materiellen Zweck die Frage nach ihrer privatrechtlichen Stellung in den Vordergrund und bedingt wiederum die Erreichung ihres Zweckes. Es war daher eine natürliche Folge des Gedeihens und der Verbreitung der wirthschaftlichen Genossenschaften, daß hiemit die Genossenschaftsfrage zugleich zu einer Frage des formellen Rechts wurde und ihre nothwendige Einreihung in die bestehenden Gesellschaftsformen zu einer Prüfung des bebestehenden Gesellschaftsrechts führte. Hiebei zeigte sich dasselbe als unzureichend für die Genossenschaften. Es mußte sofort erkannt werden, daß mit denselben eine neue, von dem bestehenden Recht noch nicht gekannte Gesellschaftsform in das wirkliche Leben eingetreten war.

Anfangs suchten die Genossenschaften auf verschiedenen Wegen durch Anschluß an bestehende Rechtsformen ihre Zwecke zu befriedigen, indem sie entweder mit künstlichen

[4] Vergl. Schulze-Delitzsch, Vorschuß- und Kreditvereine als Volksbanken 1867, S. 24 u. f. Goldschmidt, Handelsrecht, Bd. I, S. 399, 400, 425, 426, 464, 465, 459, 460, 461 Note 13. Busch, Archiv, Bd. I, S. 208; Bd. II, S. 170, 341 ff., 354 ff.; Bd. III, S. 370, 388, 427 ff.; Bd. IV, S. 321; Bd. V, S. 46 ff., S. 60 ff.

Digitized by Google

Vertragsbestimmungen ihre Rechtsgeschäfte durch ihre Geschäftsführer auf deren Namen vornahmen oder durch die Erwerbung der juristischen Persönlichkeit die Handlungs- und Bewegungsfähigkeit zu gewinnen suchten. So hat beispielsweise die bedeutendste und älteste württemb. Kreditgenossenschaft, die Stuttgarter Handwerkerbank die juristische Persönlichkeit im Jahr 1866 erworben; später wurden jedoch derartige Gesuche um Ertheilung der juristischen Persönlichkeit an Kreditgenossenschaften abschlägig beschieden. Daß der erste Weg für Genossenschaften mit größerem Geldumsatz oder mit Grundeigenthum mißlich, unter Umständen sogar gefährlich ist, bedarf keiner Ausführung. Ebenso aber hat die Erwerbung der juristischen Persönlichkeit durch Staatsgenehmigung abgesehen von der hierin liegenden Beengung des freien Associationstriebs die wesentlichen Nachtheile, daß hiebei eine mit ungleichem Maß messende, mindestens den Schein des Willkührlichen an sich tragende Beurtheilung möglich ist, daß in wichtigen Fragen, so bezüglich der Auflösung und der Statutenänderung nach bestehenden Grundsätzen Schranken gezogen werden, welche dem Wesen der nur dem Privatinteresse dienenden Genossenschaften widersprechen, daß endlich die höchste Staatsgewalt ihre Auctorität für Unternehmungen einzusetzen scheint, welche sie weder leiten noch überwachen kann.

Es lag daher nahe, die Genossenschaften auf eine der in dem Allg. deutschen Handelsgesetzbuch gebotenen Gesellschaftsformen zu verweisen, durch welche die zu ihrer Bewegung unentbehrliche Forderung, unter einem gemeinschaftlichen Namen als einheitliches Ganzes handeln zu können, befriedigt werden konnte. Allein viele Genossenschaften sind von der Benützung des Allg. deutschen Handelsgesetzbuchs ausgeschlossen, weil sie keine Handelsgeschäfte im Sinn des Handelsgesetzbuchs treiben.[5] Sodann aber

[5] Vrgl. die oben Note 1 angeführten Schriftsteller und Art. 4 des Württ. Einf.-Ges., nach welchem die Bestimmungen des Han-

beruht das Recht der Handelsgesellschaften auf Voraussetzungen, welche in der Mehrzahl der Fälle die Genossenschaften nicht erfüllen können, sofern nach dem Handelsrecht entweder ein beliebiger Wechsel in den haftpflichtigen Gesellschaftern unstatthaft oder wo solcher zulässig ist, ein Grundkapital vorhanden sein muß.

Diese Lücke in dem bestehenden Gesellschaftsrecht zuerst aufgezeigt und die Nothwendigkeit ihrer Ergänzung durch die Gesetzgebung wissenschaftlich begründet zu haben, ist unseres Wissens ein Verdienst von Schulze-Delitzsch. Seiner in erster Auflage im Jahr 1863 erschienenen Schrift „Vorschuß- und Kreditvereine als Volksbanken", welche diese Frage eingehend behandelte, folgte am 10. März 1863 die Einbringung eines Gesetzesentwurfes über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften in der preußischen Abgeordnetenkammer,[6] welcher in der Hauptsache dem später von der Regierung eingebrachten preußischen Gesetz vom 27. März 1867 und dem aus demselben hervorgegangenen Gesetz des norddeutschen Bundes vom 4. Juli 1868 zu Grund lag.

In der oben genannten, vor Kurzem erschienenen Schrift (10 Bogen) hat der Anwalt des allgemeinen deutschen Genossenschaftsverbands einen weiteren werthvollen Beitrag zur Entwicklung des Genossenschaftsrechts gegeben. Dieselbe ist, wie das Vorwort sagt, mit spezieller Beziehung auf die in Oesterreich, Bayern, Württemberg und Baden begonnene gesetzgeberische Thätigkeit geschrieben, um zu einer möglichst einheitlichen Gesetzgebung über die privat-

---

desgesetzbuches allerdings auch auf diejenigen „Erwerbsgesellschaften Anwendung findet, welche Gegenstände eigener Produktion, sei es in Natur oder nach vorgängiger Verarbeitung gewerbsmäßig und in einem die Formen des kaufmännischen Geschäftsbetriebs erfordernden Umfange veräußern".

[6] Sammlung sämmtlicher Drucksachen des Hauses der Abgeordneten aus der VII. Legisl.-Per., II. Session 1863, Bd. II, Nr. 85.

Digitized by Google

rechtliche Stellung der deutschen Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften mitzuwirken. Ihre Bedeutung reicht jedoch über diesen unmittelbaren Zweck hinaus. Sie geht mit wissenschaftlicher Gründlichkeit in das Wesen des neuen Gesellschaftsrechts ein Besondere Beachtung verdienen diejenigen Theile des Werkes, welche die Prinzipien eines vernünftigen Genossenschaftsrechts auf Grund einer eingehenden Erörterung des rechtlichen und wirthschaftlichen Charakters der Genossenschaften (S. 1—9) und der Frage über die Haftbarkeit ihrer Mitglieder (S. 29 u. f., S. 37 bis 49) zu entwickeln bestimmt ist. Hieran reiht sich eine Darlegung und Kritik der Gesetzgebungsarbeiten in England, Frankreich, Sachsen, dem norddeutschen Bund (S. 24 bis 28, S. 67—75, 76—78). Wenn vielleicht eine eingehendere Behandlung derselben, namentlich des Zusammenhangs des Genossenschaftsrechts mit den andern Theilen des Gesellschaftsrechts dieser Staaten aus der Feder des sachkundigen Herrn Verfassers zum besseren Ueberblick Vielen erwünscht gewesen wäre, so wird doch auch dieser Theil des Werkes, dessen Herausgabe mit Rücksicht auf seinen unmittelbaren Zweck beschleunigt zu haben, der Hr. Verfasser in dem Vorwort bemerkt, namentlich allen, welche als Mitglieder gesetzgebender Faktoren sich mit der Sache zu beschäftigen haben, um so willkommener sein, als durch die Zusammenstellung und den Abruck der beurtheilten Gesetze (S. 100—149) die selbstständige Prüfung und Vergleichung sehr erleichtert ist.

Bei dem großen Einfluß, welchen die von Schulze vertretene Grundanschauung nicht nur auf die Entwicklung des deutschen Genossenschaftswesens selbst, sondern auch auf die Gesetzgebung über die privatrechtliche Stellung der Genossenschaften in Deutschland gewonnen hat, wird es keiner besonderen Rechtfertigung bedürfen, wenn der folgende Ueberblick über den Stand der Genossenschaftsgesetzgebung mit besonderer Beziehung auf Württemberg an die Ausführungen von Schulze sich anknüpft.

Digitized by Google

Den Ausgangspunkt derselben bildet die oben dargelegte Besonderheit der wirthschaftlichen Genossenschaften. In denselben ist nach Schulze eine neue Art kommerzieller Gesellschaften, die Personalgenossenschaft neben die dem bisherigen Rechte allein bekannte Kapitalgenossenschaft (Aktiengesellschaft) getreten. Dieser schon in der kurzen Begründung des ersten Antrags auf Erlassung eines Genossenschaftsgesetzes ausgesprochene Gedanke[7] wird in den spätern Auflagen der ersten Schrift über Vorschuß- und Kreditvereine und namentlich in der oben genannten Schrift weiter ausgeführt und in seine Konsequenzen verfolgt. Das deutsche Handelsgesetzbuch bedarf hiernach einer Ergänzung, nicht einer Abänderung, indem in sein Gesellschaftsrecht neben der Kapitalgenossenschaft die Personalgenossenschaft eingereiht wird. Hieraus ergeben sich negative und positive Folgerungen für die gesetzgeberische Aufgabe.

Es folgt hieraus vor Allem, daß ein Genossenschaftsgesetz keinen andern Zweck hat, als eine neue Form für kommerzielle Gesellschaften zu eröffnen und hiedurch der Association auf dem Prinzip der Selbsthilfe, der kooperativen Societät eine angemessene Rechtsform anzubieten. Jede unmittelbare Tendenz, in die Lösung der socialen Frage einzugreifen, muß fern bleiben. Ein Genossenschaftsgesetz wird seinen heilsamen Einfluß auf die Arbeiterfrage

---

[7] Die Begründung des von Schulze-Delitzsch und 89 weiteren preuß. Abgeordneten unterzeichneten Antrags lautet: „Motive: die immer zunehmende Verbreitung und Bedeutung der erwähnten Vereine (Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften) für die Hebung der arbeitenden Klassen, verbunden mit dem Umstand, daß das Prinzip der Vergesellschaftung, auf welchem dieselben beruhen, das genossenschaftliche, bisher nur in der Kapital-Association (der Aktiengesellschaften) nicht in der der persönlich haftenden Genossenschaften Beachtung und gesetzliche Anerkennung gefunden hat, wodurch den betreffenden Vereinen hinsichtlich ihrer Vermögensfähigkeit und Rechtsverfolgung erhebliche Schwierigkeiten bereitet werden."

Digitized by Google

mittelbar üben, indem es Rechtsgrundsätze aufstellt, durch welche den auf Selbsthilfe beruhenden Genossenschaften für die thatsächliche Entwicklung und selbstständige Bewegung ein günstiger Boden gewährt wird. Aber es hat sich nur mit der rechtlichen Form der kommerziellen Gesellschaften, mit der Ergänzung des Gesellschaftsrechts auf der Grundlage anerkannter Rechtsprinzipien zu beschäftigen und muß die Hereinziehung anderer, wie man vielleicht sagen kann, socialpolitischer Zwecke von sich ablehnen. Die Genossenschaftsgesetzgebung ist daher so wenig als die Handelsgesetzgebung ein Ausnahmerecht, nicht das Sonderrecht einer bestimmten Volks- oder Gesellschaftsklasse. Der in der französischen Literatur und von Seiten der arbeitenden Bevölkerung in Frankreich gegen den ersten Entwurf eines neuen Gesetzes über die Gesellschaften in den Jahren 1865 bis 1867 erhobene Ruf nach dem Droit commun, die Verwahrung gegen ein Sondergesetz für die Arbeiter, gegen ein Privileg war vollkommen berechtigt. [8]

Eben so irrig aber ist es, in dem Streben ein Ausnahmerecht zu vermeiden, unter Verkennung der wirthschaftlichen Genossenschaften, ihrer durch den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb bezeichneten Besonderheit, ihre privatrechtlichen Verhältnisse ebenso wie die privatrechtliche Stellung aller andern Vereine, welche mit denselben vielleicht nur das Moment der unbestimmten Mitgliederzahl oder die Beziehung auf die Arbeiterfrage gemein haben, mit Einer und derselben Rechtsformel regeln zu wollen.

Diesen Weg der Gesetzgebung bekämpft Schulze, wie uns scheint, mit vollem Recht und mit durchschlagenden Gründen in seiner neuesten Schrift, wie er denselben schon früher in einer Kritik des bei der bayerischen Kammer der Abgeordneten eingebrachten Gesetzesentwurfs entgegengetreten ist.

---

[8] Vergl. v. Plener a. a. O. und die dort S. 559 angeführten Brochüren.

Er wendet sich hiebei ebenso gegen das sächsische Gesetz vom 15. Juni 1868 (S. 14 u. f.), als gegen den bayerischen Entwurf. (S. 9 u. f.)

Der letztere wollte nach dem Vorgang des in der Dresdener Konferenz ausgearbeiteten Entwurfs eines deutschen Gesetzbuchs über die Schuldverhältnisse (Art. 873 u. f.)[9] in 42 Artikeln die privatrechtlichen Verhältnisse aller Vereinigungen, nicht nur zu wirthschaftlichen, sondern auch zu Wohlthätigkeits-, Bildungs-, religiösen, geselligen oder sonst erlaubten Zwecken regeln (Art. 1), sofern sie nicht Aktiengesellschaften oder öffentliche Korporationen sind. Mit vollem Recht bemerkt Schulze hiegegen, daß beispielsweise eine Religionsgesellschaft bei Regelung ihrer privatrechtlichen Verhältnisse andere Bedürfnisse habe, als ein Bankgeschäft, und daß eine solche Vermischung grundsätzlich verschiedener Lebenserscheinungen dahin führe, dem Wesen aller Gewalt anzuthun und den Bedürfnissen keiner gerecht zu werden. Ganz abgesehen von den Grundsätzen über die Haftbarkeit wird dieß an den Bestimmungen über die Konstituirung, die Eintragung, die Vertretung nach Außen, die Vorschriften über Vikanzen und über das Verhalten im Fall der Vermögensunzulänglichkeit einleuchtend nachgewiesen. (S. 10—14.)

Dieselben Einwendungen werden gegen das sächsische Gesetz vom 15. Juni 1868 erhoben, wenn gleich von diesem Gesetz anerkannt wird, daß es „in seinen Einzelnheiten mit anerkennenswerther Umsicht und mit größerer Berücksichtigung des praktischen Bedürfnisses der Vereine gearbeitet sei." (S. 15.)

Das sächsische Gesetz regelt die privatrechtliche Stellung aller Stiftungen und Anstalten zu dauernden kirchlichen, mildthätigen oder gemeinnützigen Zwecken, ebenso alle Personenvereine („Genossenschaften") unter dem allgemeinen

[9] Entwurf erster Lesung, abgedr. in diesem Archiv, Bd. VIII, S. 335 u. f.

Namen „juristischer Personen", indem es nur juristische Personen mit öffentlich rechtlichem Charakter (§. 1 u. 2) ausschließt. Dieser Versuch, den Unterschied zwischen juristischen Personen, seien sie nun Zweckvermögen oder Vereine, und Gesellschaften, Genossenschaften, zu verwischen, wird jedenfalls keine Nachahmung finden, weil nun einmal die ersten sich von den letztern durch die Beziehung der Einzelnen zu dem Gesammtvermögen unterscheiden. An dem Vermögen der juristischen Person hat der Einzelne keinen Theil, während er an dem Vermögen der Genossenschaft, sei es in Natur, sei es in der Form einer Forderung auf Bezahlung einer bestimmten, seinem Antheil gleichkommenden Geldsumme Theil nimmt. Dieser Unterschied, welcher auch in den Einzelnheiten der privatrechtlichen Normen seine Konsequenzen geltend macht, bleibt bestehen, wie man auch die juristische Person begrifflich konstruiren mag.[10] Es ist hier nicht der Ort, das Bedenkliche dieses Versuchs, eine neue Theorie der juristischen Personen im Wege der Gesetzgebung in das Leben einzuführen, weiter in's Einzelne zu verfolgen. Allein auch wenn man von dieser Seite des Gesetzes absieht und nur diejenigen Theile desselben in's Auge faßt, welche die Vereine und Genossenschaften ohne Beziehung auf die Frage der Erwerbung der juristischen Persönlichkeit behandeln, fehlt es nicht an eigenthümlichen Inkonvenienzen, welche sich aus dieser Vermischung disparater Erscheinungen ergeben. Als solche hebt Schulze (a. a. O., S. 16) mit Recht hervor, daß der für die wirthschaftlichen (kommerziellen) Genossenschaften selbstverständliche Grundsatz der

[10] Vergl. Prof. Dr. Randa, die nichtkaufmännischen sg. Kollektivgesellschaften, Archiv für deutsches Wechsel- und Handelsrecht, Bd. XV, S. 337 u. f., S. 354, Note 25. Den mehr geistreichen als praktischen Streit über die juristischen Personen, welcher a. a. O. auf das allein entscheidende Moment zurückgeführt wird, lassen wir hier auf sich beruhen, vergl. Arndts in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. I, S. 93.

Digitized by Google

unbedingten Vertretung nach Außen durch den Vorstand für alle Vereine mit Ausnahme der speziell ausgenommenen Vereine für kirchliche, milde und gemeinnützige Zwecke, mithin auch für Lesevereine, gesellige Vereine ꝛc. (ob auch Kranken- und Leichenkassen?) Anwendung findet (§. 20 und §. 38 d. Ges.), daß für alle Vereine die nur für kommerzielle Gesellschaften nothwendigen, für andere Vereine entbehrlichen und sogar bedenklichen Bestimmungen über Konkurseröffnung gelten sollen, daß endlich andererseits die für kommerzielle Gesellschaften sehr wesentlichen Bestimmungen über Bilanz, Berechnung und Vertheilung des Gewinns ꝛc. mit Rücksicht auf die Generalisirung im Gesetz keine Stelle gefunden haben und dem Statut anheimgegeben sind.

Wenn einmal erkannt ist, daß die privatrechtliche Stellung der wirthschaftlichen Genossenschaften nur im Anschluß an die Gesellschaftslehre des Handelsrechts und nicht im Gemenge mit allen möglichen andern Vereinigungen geordnet werden kann, so ist es nur ein formeller Unterschied, ob dieß in Form einer Novelle zu den betreffenden Handelsgesetzbüchern, wie in dem französischen Gesetz vom 24. Juli 1867 sur les sociétés und dem österreichischen Entwurfe, in besonderen ihnen gewidmeten Abschnitten geschieht, oder in einem formell selbstständigen Gesetz, wie in dem norddeutschen Genossenschaftsgesetz und der engl. Akte vom 7. August 1862, welche gleichzeitig mit der Companies Act als besonderes Gesetz unter dem Titel: „An act to consolidate and amend the Laws relating to Jndustrial and Provident Societies“ erschienen ist.

Es ist nur auf diesem Wege möglich, den wirthschaftlichen Genossenschaften als kommerziellen Personalgenossenschaften ihren richtigen Platz neben den andern kommerziellen Gesellschaften anzuweisen und die für die letztern angenommenen Prinzipien, ohne durch die Rücksichten auf andere Lebenserscheinungen gehemmt zu sein, konsequent

Digitized by Google

in der Anwendung auf die Personalgenossenschaften durchzuführen.

Dieselben haben mit der (handelsrechtlichen) Kapitalgenossenschaft Alles, was sich auf ihre Konstituirung im Allgemeinen, ihre Vertretung nach Außen, ihre Organe und ihre Geschäftsgebahrung bezieht, gemeinschaftlich. In allen diesen Punkten kann daher die Handelsgesetzgebung im Wesentlichen unmittelbar auf die wirthschaftlichen Genossenschaften ausgedehnt werden. [11] Nur ist, wie bezüglich der meisten dieser Punkte die Beschränkung des Handelsgesetzbuchs auf diejenigen Aktiengesellschaften, welche Handelsgeschäfte treiben, der Verallgemeinerung für alle Kapitalgenossenschaften mit der Zeit weichen wird, diese Beschränkung für Personalgenossenschaften von Anfang an nicht zu empfehlen. Es besteht kein Widerspruch darüber, daß es vollkommen begründet war, wenn das norddeutsche Genossenschaftsgesetz eine Gesellschaftsform bietet, welche ohne auf eine bestimmte Erwerbsquelle, wie der Handel, beschränkt zu sein, für jede öffentlichen Zwecken fremde, auf privaten Erwerb durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtete Vereinigung mit unbestimmter Mitgliederzahl Anwendung findet. [12]

Die ganze Aufgabe der Genossenschaftsgesetzgebung

---

[11] Das preußische und norddeutsche Gesetz hat daher mit Recht größtentheils wörtlich die hierauf bezüglichen Bestimmungen des allg. deutschen Handelsgesetzbuchs aufgenommen. Eine der formellen Abweichungen in §. 21 „gegen dritte Personen hat jedoch eine Beschränkung des Vorstandes, die Genossenschaft zu vertreten" ist sprachlich falsch. Das Handelsgesetzbuch sagt „eine Beschränkung der Befugniß des Vorstandes, die Genossenschaft zu vertreten." Wie es scheint, sind durch einen Fehler der ersten Abschrift des preußischen Entwurfs die Worte „der Befugniß" ausgefallen und dieser Fehler ist durch alle späteren Entwürfe bis in das norddeutsche Gesetz unberichtigt geblieben.

[12] Parisius, das preußische Gesetz, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 27. März 1867. Berlin 1868, Einl. S. XLIII.

Digitized by Google

konzentrirt sich hiernach in der Regelung der Mitgliedschaft und der hiemit unmittelbar zusammenhängenden Frage der Haftpflicht.

Nach den Zwecken, welche die wirthschaftlichen Genossenschaften verfolgen und nach der Lage der Gesellschaftsklassen, für welche sie vorzüglich, wenn auch nicht ausschließlich berechnet sind, müssen zwei Forderungen unter allen Umständen befriedigt werden, einmal die Möglichkeit eines Wechsels der Mitglieder, des unbehinderten Eintritts und Austritts, sodann die Konstituirung der Genossenschaft ohne vorausgegangene Feststellung und Sicherung eines Grundkapitals. In diesen zwei Forderungen liegen die Unterscheidungsmomente der Personal- von der Kapitalgenossenschaft. In der Personalgenossenschaft ist die Theilnahme an der Gesellschaft an die Person geknüpft, nicht an einen bestimmten in der Aktie repräsentirten Antheil an ihrem Vermögen. Der Antheil an ihrem Vermögen (der Geschäftsantheil) ist eine Folge der persönlichen Theilhaberschaft, nicht umgekehrt, wie bei Aktiengesellschaften, die letztere die Folge des Vermögensantheils. Hiemit ist von selbst gegeben, daß der Personalgenossenschaft die der Aktiengesellschaft als Kapitalgenossenschaft wesentliche Kreditbasis, das Grundkapital fehlt und hiemit formulirt sich die von dem Gesetzgeber zu lösende Frage dahin, ob ein Ersatz und welcher Ersatz für das nicht vorhandene Grundkapital als Kreditbasis der Personalgenossenschaften von dem Gesetze verlangt werden soll.

Alle übrigen Fragen, über welche man einer Verschiedenheit der Ansichten begegnet, treten gegen diese Frage zurück und sind mehr oder weniger unmittelbar durch sie bedingt.

Es ist bekannt, daß das ganze von Schultze-Delitzsch aufgestellte und entwickelte Genossenschaftssystem auf der präcisen Antwort beruht, welche er auf diese Frage dahin

Digitized by Google

gibt, daß die solidarische Haftpflicht [13] ihrer Mitglieder eine Existenzbedingung der Personalgenossenschaften ist. In allen nach seinem System gegründeten Genossenschaften bildet dieser Grundsatz einen Fundamentalsatz der Statuten. Er ist in das preußische und norddeutsche Genossenschaftsgesetz aufgenommen und Schulze kämpft unausgesetzt für denselben. Auch seine neueste obengenannte Schrift beschäftigt sich zu einem großen Theile mit seiner Vertheidigung. So vielseitiger Zustimmung dieser Grundsatz auch gewiß ist, wie ihn namentlich Dr. Randa in seiner gründlichen wissenschaftlichen Untersuchung über juristische Personen und Genossenschaften als unentbehrlich bezeichnet, so hat derselbe gleichwohl noch immer gegen Angriffe und Einwendungen zu kämpfen.

Dieß ist namentlich in Württemberg der Fall. Nicht nur ist von den württembergischen Konsumvereinen an die Kammer der Abgeordneten eine Vorstellung gegen die Aufnahme des Grundsatzes der Solidarhaft in ein zu erwartendes Genossenschaftsgesetz eingereicht worden, deren Verfasser dem Vernehmen nach der Abg. Eduard Pfeifer ist und welche an die volkswirthschaftliche Kommission zur Berichterstattung verwiesen wurde, [14] sondern es geht auch

---

[13] Als bekannt und selbstverständlich wird in der ganzen Ausführung vorausgesetzt, daß die solidarische Haftpflicht nur als eine subsidiäre, d. h. unter der Voraussetzung früherer fruchtloser Exekution in das Gesellschaftsvermögen oder der Insufficienz desselben in Frage steht, sowie daß das norddeutsche Gesetz zur weiteren Milderung der Nachtheile derselben ein besonderes Umlageverfahren gesetzlich einführt, daß dieselbe endlich durch kurze Verjährungsfristen beschränkt ist.

[14] Die volkswirthschaftliche Kommission hat zufolge ihres am 16. März 1869, während des Druckes dieses Aufsatzes, ausgegebenen Berichts mit einer Mehrheit von 6 gegen 3 Stimmen, von welchen zwei gegen die Ziffer 2 gestimmt haben, den Beschluß gefaßt, ihre Ansicht dahin zu äußern: „1) Es ist unstatthaft, in dem zu erwartenden Genossenschaftsgesetz die Forderung der Solidarhaft für die sich dem Gesetze unterwerfenden Genossenschaften fallen zu

Digitized by Google

aus der am 23. Dezember 1868 gegebenen Antwort des Justizministers v. Mittnacht auf die an ihn gerichtete Interpellation des Abg. Oesterlen über den Stand der württemb. Genossenschaftsgesetzgebung hervor, daß ein auf diesem Grundsatz beruhender, in dem Justizministerium ausgearbeiteter Gesetzesentwurf, welcher dem Ministerium des Innern zum Zweck der weitern Behandlung im Oktbr. 1868 mitgetheilt worden war, zu Verhandlungen zwischen den Ministerien geführt hat, weil über den Grundsatz der subsidiären Haftpflicht der Mitglieder damals noch keine Uebereinstimmung bestand.

Bei dieser Lage der Sache in Württemberg kann eine Erörterung dieser Frage nicht umgangen werden.

Was für die Solidarhaft geltend zu machen ist, hat Schulze-Delitzsch in seiner Schrift über Vorschußvereine und in seinem neuesten Werke ausgeführt. Wir haben daher auf diese Schriften selbst zu verweisen und beschränken uns darauf, aus denselben die wesentlichsten Ausführungen wiederzugeben, um schließlich einige Bemerkungen hieran anzureihen.

„Die Feststellung der Haftpflicht, wird in der ersten Schrift ausgeführt, ist keine Sache, die man auf das Belieben der Betheiligten stellen kann, vielmehr trägt sie ihr

---

lassen, weil dadurch die Rechtssicherheit gestört, sowie die Rechtsgleichheit im Gebiete des deutschen Handelsgesetzbuches ohne Grund verletzt würde. 2) Wenn auf der einen Seite die Solidarhaft für bestimmte Geschäftszweige, namentlich für Vorschußbanken und Produktivgenossenschaften, unbedingt aufrecht zu erhalten ist, so empfiehlt auf der andern Seite die Besonderheit der Zwecke und der Natur einzelner Genossenschaften, z. B. der Konsumvereine, sowie das sich an ihre gedeihliche Entwickelung knüpfende volkswirthschaftliche Interesse eine nähere Untersuchung der Frage, ob besondere gesetzliche Bestimmungen für Genossenschaften mit beschränkter Haftbarkeit getroffen werden können, ohne die unerläßlichen Anforderungen des Rechts und der Sicherheit des allgemeinen Verkehrs zu beeinträchtigen." Eine Beurtheilung des Berichts selbst ist an diesem Ort nicht mehr möglich.

Digitized by Google

Gesetz in sich selbst. Aus Liebhaberei übernimmt kein Mensch weder eine solidare, noch sonstige Haftung, das ist sicher. — Bei den Genossenschaften müssen die Personen schon allein deßhalb als verantwortliche Träger eintreten, weil es sonst überhaupt an einem solchen fehlen würde. Der Hauptstamm der Mitglieder ist gar nicht in der Lage, das Genossenschaftsgeschäft mit Kapitaleinlagen beginnen zu können; vielmehr hat derselbe erst durch Gründung und Betrieb dieses Geschäfts die Aussicht, zur Bildung eines eigenen kleinen Kapitals zu gelangen. Was in aller Welt soll den Gläubigern denn nun haften, namentlich in den ersten Jahren des Vereins, wo die Kapitalbildung noch in den Anfängen liegt, wenn nicht die Mitglieder mit ihrer Person und Habe? Wer soll vom wirklich geschäftlichen Standpunkt aus — und einen andern den der Gönnerschaft weisen wir grundsätzlich zurück — Geld leihen, wenn man ihn wegen der Rückzahlung lediglich an einen zukünftigen Gesellschaftsfonds verweist." [15]

Was hier zunächst vom Standpunkt des eigensten Interesses der Vorschuß- und Kreditvereine aus gesagt ist, welche den Kredit Dritter ihrer Natur nach nicht entbehren können, wird sodann in der oben genannten Schrift noch weiter ausgeführt und in allgemeiner Anwendung auf alle Personalgenossenschaften nicht nur als in ihrem Interesse liegend, sondern auch aus den allgemeinen Forderungen des Rechts und eines geordneten Rechtszustandes begründet.

Es ist nicht neu, was hierüber unter den Ueberschriften: das natürliche Fundament aller Haftbarkeit (S. 29 bis 34), Feststellung der Haftart durch das Gesetz mit Ausschluß der Wahl der Betheiligten (S. 35—37), die persönliche Haftbarkeit als natürliche Regel bei privatrechtlichen Verpflichtungen (S. 38—41), die solidare Haftpflicht Mehrerer (S. 41—43), die beschränkte Haftbarkeit bei kommerziellen Genossenschaften (S. 43), die Bedingungen

[15] Vorschuß- und Kreditvereine a. a. O. S. 44.

Digitized by Google

der Zulassung der beschränkten Haftbarkeit (S. 44—49), vorgetragen wird. Aber es war nothwendig, an alle diese Grundsätze, welche durch das Aufgeben des Prinzips der Solidarhaft für wirthschaftliche Genossenschaften in Frage gestellt werden, wieder einmal ernstlich zu erinnern.

Aus dem Begriff der Freiheit und ihrem Korrelat, der Verantwortlichkeit, aus dem formellen Rechtsbegriff als der Bedingung der Coëxistenz der freien Menschen (S. 29 bis 34), wird der bekannte Fundamentalsatz alles Privatrechts begründet, daß dem Rechte die Pflicht, der eingegangenen Verpflichtung deren Erfüllung entspricht, für welche die Persönlichkeit mit ihrer wirthschaftlichen Seite einzustehen hat (S. 38—41). Wenn der Satz, daß der Einzelne für die von ihm eingegangenen Verpflichtungen mit seinem Vermögen zu haften hat, nicht bestritten werden kann, ohne den Rechtsbegriff selbst aufzuheben, so folgt hieraus von selbst, daß derselbe auch gilt, wenn Mehrere gemeinschaftlich Verbindlichkeiten eingehen. Die Verbindung mit Andern hebt die persönliche Verantwortlichkeit der Einzelnen nicht auf. „Die persönliche Haftbarkeit" ist „die natürliche Regel bei privatrechtlichen Verpflichtungen," mögen sie von einem oder von mehreren Einzelnen übernommen sein. Die logische Konsequenz hievon ist das solidarische Einstehen Aller, „wenn die Verpflichteten als eine Gesammtheit gehandelt haben, wenn die Verbindlichkeit in Verfolgung ihres ungetheilten Gesammtinteresses eingegangen ist.[16] Der Gläubiger hat ihnen alsdann nur Allen zusammen das Ganze kreditirt, sich nicht mit jedem

[16] Nicht ganz richtig drückt sich Schulze (S. 41) aus, wenn er aus der Haftbarkeit der Einzelnen das solidare Einstehen Seitens mehrerer Mitverpflichteten unmittelbar folgert. Die natürliche Regel ist die Theilung der Obligation unter mehreren Verpflichteten und das solidare Einstehen ist nur die Folge eines weiteren Moments, des Auftretens der Mehreren als Gesammtheit. Die solidarische Haftpflicht ist nicht „namentlich", sondern nur in diesem Fall eine Forderung des Rechtsbegriffs.

Digitized by Google

Einzelnen auf einen Theil eingelassen und der Schuldverband würde auf unzulässige Weise in seinem innern Wesen umgewandelt, wenn die Schuldner den Gläubiger an jeden von ihnen auf Einziehung bloßer Antheile verweisen könnten."

Jede Beschränkung der persönlichen Haftpflicht auf einen bestimmten Vermögenstheil ist hiernach eine Ausnahme von der natürlichen Regel. Die Nothwendigkeit solcher Ausnahmen bedarf in unserer Zeit nicht des Beweises. Die Aufbringung der großen Kapitalien zu den gewaltigen Unternehmungen der Jetztzeit ist nur möglich, wenn die Last und das Risiko auf eine große Zahl von Einzelnen sich vertheilt, welche zwar in der Lage sind, eine bestimmte Quote ihres Vermögens hierauf zu wagen, niemals aber die Gesammthaft für die ungeheuren auf dem Spiele stehenden und unberechenbaren Summen übernehmen könnten. Aber dieser Berechtigung, dieser Nothwendigkeit der Zulassung von Gesellschaften mit beschränkter Haft steht der Rechtsbegriff unerbittlich gegenüber. „Das Gesetz kann unmöglich die Hand dazu bieten, durch Lockerung der Verläßigkeit rechtlicher Verpflichtungen, dem Betrug und Schwindel Thür und Thor zu öffnen und die Grundlage alles gesunden Verkehrs zu erschüttern. Ohnehin bleibt die Loslösung der Haft von der persönlichen Verantwortlichkeit als dem von der Natur selbst gegebenen wirksamsten Sporn zu Umsicht und Redlichkeit in geschäftlichen Beziehungen in allen Fällen bedenklich. Je größer, je weit verzweigter also die Interessen sind, in welche jene Gesellschaften eingreifen, um so mehr ist es von Nöthen, dem mit ihnen negociirenden Publikum feste Anhaltspunkte zu gesicherten Geschäftsverbindungen zu bieten, durch welche allermindestens einer unredlichen Abwälzung eingegangener Verbindlichkeiten entgegengewirkt wird. In diesem Streben ist die gesetzgeberische Praxis überall zu einigen Grundforderungen gelangt, deren unerläßliche Nothwendigkeit allerdings so auffällig ist, daß eine Zulassung von Gesell-

Digitized by Google

schaften mit beschränkter Haftbarkeit, welche diesen nicht genügen, als ein Hohn auf die staatliche Rechtsordnung erscheint." Diese auch von dem allg. deutschen Handelsgesetzbuch aufgestellten Grundforderungen sind:

1) das Vorhandensein eines in sich festbestimmten, von den Gesellschaftern eingeschossenen Kapitals, dessen Betrag und Bestandtheile auf zuverlässige Weise zur öffentlichen Kenntniß gebracht werden;

2) die Sicherstellung dieses Kapitals, indem dieser das Haftobjekt bildende Geschäftsfonds der Verfügung des Einzelnen völlig entzogen, insbesondere jede ganze oder theilweise Zurücknahme der dazu gemachten Einlagen ohne ausdrückliche Zustimmung der Gesellschaftsgläubiger unbedingt ausgeschlossen ist.

Nur unter diesen Grundbedingungen kann der Gesetzgeber die Ausnahme von der natürlichen Regel der persönlichen, unbeschränkten Haftpflicht bei privatrechtlichen Verhältnissen zulassen. Für die Personalgenossenschaften ist es aber eine Unmöglichkeit, diesen unerläßlichen Forderungen zu genügen. Weder der Betrag noch die Bestandtheile eines festgestellten Grundkapitals lassen sich bei den Genossenschaften zu irgend einer Zeit mit irgend einer Sicherheit angeben. Einmal wechselt beides in unaufhörlichen Schwankungen mit dem täglichen Ab- und Zugang von Mitgliedern. Sodann fehlt auch bei den Eintretenden die Verpflichtung zur vollen Einzahlung ihres Antheils; der in den Statuten hiefür festgestellte Normalbetrag hat nur die Bedeutung eines Ziels, welches die Einzelnen nach ihrer Konvenienz, nicht wie es das Bedürfniß der Kasse verlangt, erreichen sollen. Ebenso aber fehlt es an der Möglichkeit, der zweiten Forderung zu genügen, weil nach der Lage der Volksklassen, welchen diese wirthschaftlichen Genossenschaften dienen sollen, der Austritt und zwar mit der Möglichkeit, die in der Gesellschaftskasse angesammelten Geschäftsantheile zurückzunehmen, jederzeit freigestellt sein muß. Die Verpflichtung zur Vollzahlung

Digitized by Google

einer bestimmten Quote und das Verbot der Zurücknahme der Antheile, wenigstens vor Ablauf einer bestimmten Zeit, wodurch man das mangelnde Garantiekapital zu ersetzen sucht, können nicht als eine Erfüllung der aufgestellten Forderungen betrachtet werden, weil man, um den Charakter der Personalgenossenschaft zu bewahren, einen solchen Spielraum lassen muß, daß alles Gesagte, nur in etwas geringerem Maaß, auch unter diesen Voraussetzungen zutrifft. Aus dem wirthschaftlichen Bedürfniß der Personalgenossenschaften selbst, dem Wesen und Zweck ihrer Einigung folgt mithin, daß sie in der persönlichen und solidaren Haftbarkeit ihrer Mitglieder den Hebel ihres Kredits, die Basis ihrer Geschäftsoperation zu suchen haben, wie auch nur unter dieser Voraussetzung die strengste Solidität in ihrer Geschäftsbehandlung durch die jedem Einzelnen in seinem eigenen Interesse nahe gelegte persönliche Theilnahme hieran und eine weitere Hauptaufgabe der Genossenschaften, die Erziehung ihrer Mitglieder zu wirthschaftlicher und gewerblicher Einsicht, Tüchtigkeit und Selbstständigkeit erreicht werden kann.

Für die Richtigkeit dieser Sätze, welche besondere Beachtung verdienen, weil kaum ein anderer besser als der vieljährige Anwalt des deutschen Genossenschaftsverbandes in der Lage ist, ein Urtheil vom Standpunkt der Genossenschaften selbst aus abzugeben, beruft sich Schulze insbesondere noch auf die nicht nur bisher von den deutschen Genossenschaften, sondern auch in England gemachten Erfahrungen. Die englischen Genossenschaften, namentlich die bedeutenderen, wie die der Pioniere von Rochdale sind während der vor 1862 gesetzlich für sie geltenden unbeschränkten und solidarischen Haft groß geworden. Ihre Leistungen sprechen daher nicht gegen, sondern für das System der Solidarhaft und unerwiesen ist noch, nach welcher Richtung durch die neuere englische Gesetzgebung Fortschritte in dem Genossenschaftswesen gemacht sind.

Diesen Ausführungen treten die Gegner des Grund-

Digitized by Google

satzes der solidarischen Haftpflicht vom Standpunkte der Zweckmäßigkeit aus und mit Argumenten entgegen, welche aus der Richtung auf die Lösung der Arbeiterfrage hergenommen sind.

Sie bestreiten, daß die Association, in welcher sie den einzigen Weg zur Lösung dieser Frage finden, auf dem Boden der Solidarhaft gedeihen könne. Es möge, wird von dieser Seite zugegeben, einzelnen Vereinen zur Hebung ihres Kredits zweckmäßig scheinen, sich auf dem Prinzip der Solidarhaft zu konstituiren. Diesen möge dieß unbenommen sein. Allein die Genossenschaften sollten selbst die besten Richter darüber sein, was ihnen Noth thue; ihnen solle daher die Feststellung der Haftpflicht überlassen sein. Eine Beschränkung derselben durch das Gesetz, eine Nöthigung zur Anerkennung der Solidarhaft sei ein Hemmschuh für die Entwicklung des Genossenschaftswesens und werde das Gegentheil von dem Zweck, den es verfolge, und der ausgesprochenermaßen die Förderung und Entwicklung desselben sei, erzielen. Es gebe eine Reihe von Genossenschaften, unter welchen in erster Linie die Konsumvereine aufgeführt werden, welche mit dem Grundsatz der Solidarhaft nicht bestehen können, weil Niemand um der durch sie gebotenen Vortheile willen die Gefahren dieser Haftpflicht übernehmen wolle, während sie andererseits zu ihrem Bestand und ihrer Geschäftsgebahrung einer solchen Kreditbasis, wie sie die Solidarhaft gewähren soll, nicht bedürfen. Es sei ein Eingriff in die Dispositionsfreiheit der Einzelnen, wenn ihnen das Gesetz zumuthe, eine Haftpflicht zu übernehmen, zu welcher sie sich freiwillig nicht verstanden hätten, durch welche man das fröhliche Gedeihen der Associationen im Keim ersticke. Durch den Grundsatz der Solidarhaft werden zudem für ganze Gesellschafts- und Volksklassen in Zeiten der Geld- und Handelskrisen Gefahren heraufbeschworen, durch welche Alles Gute, was für diese Klassen das Genossenschaftswesen vielleicht bewirkt habe, wieder vernichtet werden könne. Man denke sich eine Vorschuß-

Digitized by Google

Genossenschaft, deren Mitglieder, auf den täglichen Verdienst angewiesen, kleine Handwerker und Arbeiter in großer Zahl, mit ihrem letzten Heller für die durch das Gesellschaftsvermögen nicht gedeckte, vielleicht bedeutende Passivmasse der Gesellschaft einzutreten haben. Dieß würde einen Nothstand zur Folge haben, der viel schlimmer wäre, als Alles, was die Genossenschaft gut zu machen vermocht hätte. Es liege nicht nur in dem Mangel an Kredit, sondern auch in dem Uebermaas des Kredits eine Gefahr für das Genossenschaftswesen, welcher durch den allgemeinen Grundsatz der Solidarhaft Vorschub geleistet werde. Hiebei wird für Württemberg an die Zielerkassen erinnert, welche allerdings durch den maßlosen ihnen gewordenen Kredit nicht nur ihre Gläubiger zu Schaden gebracht, sondern auch ihre sämmtlichen solidarisch haftpflichtigen Mitglieder ruinirt haben. Gegen die auf dem Rechtsbegriff und die Rücksichten auf die Sicherheit des Verkehrs gestützte Begründung der Solidarhaft wird eingewendet, daß der allein richtige Standpunkt des Gesetzgebers sei, im Verkehrsleben den Gläubiger auf seine eigene Vorsicht anzuweisen. Der Gesetzgeber könne für die Sicherheit des Verkehrs nicht in dem Maaße sorgen, daß der Gläubiger nicht durch seinen Mangel an Vorsicht zu Schaden kommen könne. Wenn der Gläubiger einer Genossenschaft ohne den Grundsatz der Solidarhaft kreditiren wolle, so sei dieß seine Sache und wenn er hiedurch zu Verlust komme, so sei dieß kein Widerspruch mit dem Rechtsprinzip, da er zum Voraus die Bedingungen des Kredits gekannt habe und wenn er sie nicht gekannt hätte, dieß seine Schuld wäre. Hiernach sei der einzig richtige Weg, den Genossenschaften durch die Feststellung gewisser Normalvorschriften zwar die Handlungsfähigkeit unter einer Firma zu gewähren, die Feststellung der Haftpflicht jedoch der Privatdisposition, dem Statut anheim zu geben.

Uns scheinen diese Einwendungen gegen den Grundsatz der Solidarhaft in demjenigen, was schon früher gesagt und

Digitized by Google

namentlich aus der neuesten Schrift von Schulze mitgetheilt ist, ihre Widerlegung ganz von selbst zu finden. Wir können uns daher auf wenige Gegenbemerkungen beschränken.

Von allen legislativen Möglichkeiten ist der Weg, welchen der Dresdener und der bayerische Entwurf betreten hat, nach welchen die Rechtsverhältnisse der Genossenschaften ohne Unterscheidung zwischen solidarischer und beschränkter Haftpflicht geordnet werden und die Frage der Haftpflicht der statutarischen Feststellung überlassen bleibt, der bedenklichste. Bald würden die Gläubiger, welche ihren Kredit auf die Garantie der solidarischen Haftpflicht bauen, getäuscht, bald würde umgekehrt auch denjenigen Genossenschaften, welche die Solidarhaftt statutarisch für sich anerkennen, durch ihre unsolideren Schwestern der Kredit entzogen. Das Mißtrauen wäre die unvermeidliche Folge einer solchen Gesetzgebung und jede gedeihliche Entwicklung der unter einer solchen stehenden Genossenschaften wäre hiemit in Frage gestellt. Hiebei ist namentlich das Verhältniß der süddeutschen Staaten und der Staaten des norddeutschen Bundes nicht außer Acht zu lassen. Für die letztern gilt der Grundsatz der solidarischen Haftpflicht gesetzlich. Bei dem lebhaften Geschäftsverkehr zwischen Nord- und Süddeutschland müßte es daher zu der bedenklichsten Verwirrung führen, wenn in Süddeutschland eingetragene Genossenschaften, für welche in Norddeutschland die solidarische Haftpflicht besteht, ohne diesen Schutz der Gläubiger zugelassen wären. Jedenfalls müßte, wie in dem österreichischen Entwurf, streng zwischen beiden Arten unterschieden und diese Unterscheidung auch äußerlich erkennbar gemacht werden, wie z. B. nach dem englischen Gesetz über Industrial- und Provident Societies jede Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht als letztes Wort in ihrer Firma das Wort „limited“ führen muß.

Allein auch diese Kautel genügt keinesfalls, um die Gefahren, welche für das Genossenschaftswesen selbst in der Zulassung von Genossenschaften mit einheitlicher Ver-

Digitized by Google

tretung nach Außen neben beschränkter Haftpflicht liegen, zu beseitigen und das Verlassen des oben entwickelten Rechtsprinzips zu rechtfertigen. Man gelangt mit innerer Nothwendigkeit, sobald man die Unterscheidung zwischen Genossenschaften mit solidarischer und beschränkter Haftpflicht streng vollzieht, wiederum auf die Alternative, Personalgenossenschaft mit solidarischer Haftpflicht oder Aktiengesellschaft, Kapitalgenossenschaft, mit fundirtem Kapital als Kreditbasis. Diese Unterscheidung ist keine willkührliche, sondern in der Sache selbst begründet. Es gibt kein Drittes zwischen Beiden. Will man die Personalgenossenschaft als ein in das bestehende Gesellschaftsrecht eingereihtes Institut, mit dem Recht, unter einer gemeinschaftlichen Firma Geschäfte zu machen, ohne die Garantie der Haftpflicht ihrer Mitglieder zulassen, so hebt man die Grundlage des Genossenschaftsrechts des deutschen Handelsgesetzbuchs geradezu auf. Man verliert jede Berechtigung, die Garantie, welche das allg. deutsche Handelsgesetzbuch für die Handelsaktiengesellschaften bezüglich der Feststellung, Kundgebung und Sicherung des Grundkapitals verlangt, festzuhalten, wenn man kommerzielle Gesellschaften mit einer stets wechselnden Mitgliederzahl ohne alle diese Garantien und ohne einen Ersatz für dieselben zuläßt.

Schon die Erwägung, daß man nicht wenige Jahre nach der Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs die damals für die Sicherheit des Verkehrs als unentbehrlich anerkannten Grundprinzipien seines Gesellschaftsrechts wieder in Frage stellen kann, um möglicherweise einzelne genossenschaftliche Wünsche und Bedürfnisse zu befriedigen, fällt gegen ein Genossenschaftsgesetz in die Wage, welches etwa auf den Grundsatz der Solidarhaft, ohne an dessen Stelle andere Garantien zu setzen, verzichten wollte.

Diese einfache Konsequenz aus der Eigenschaft der wirthschaftlichen Genossenschaften als kommerzieller Gesellschaften zeigt sich auch in denjenigen Gesetzgebungen,

Digitized by Google

welche Genossenschaften, die den Grundsatz der Solidarhaft nicht anerkennen, die Rechte der Handelsgesellschaften verleihen. Dieselben kommen hiemit von selbst auf die den Kapitalgenossenschaften eigenthümliche Sicherung eines Grundkapitals, wobei sie nur Erleichterungen gewähren, die ohne im Sinne der Gegner dieses Grundsatzes zu befriedigen, andererseits für die Sicherheit des Verkehrs ungenügend sind.

Den nächstliegenden Vorgang hiefür bietet das französische Gesetz vom 24. Juli 1867. In dem auf die Genossenschaften bezüglichen Theile des ursprünglichen Entwurfs, welcher ein Ausnahmegesetz für die sociétés coopératives war, hatte man nicht vollständig die Prinzipien der Aktiengesellschaft aufgegeben. Der Art. 52 lautet: „Das Gesellschaftskapital kann während der Dauer der Gesellschaft durch successive Einschüsse (apports) der Mitglieder oder durch Aufnahme neuer Mitglieder vermehrt werden. Es kann vermindert werden durch die gänzliche oder theilweise Rücknahme der geleisteten Einschüsse. Indessen müssen die Statuten eine Summe bestimmen, unter welche das Gesellschaftskapital nicht sinken darf." Die Verwandlung der sociétés coopératives des Gesetzesentwurfs in die allgemeine Gesellschaftsform der sociétés à Capital variable, welche der Entwurf durch die Kammerberathung erlitt, ließ diese Bestimmung unberührt und ergänzte sie durch Zusätze, welche die weitere Sicherung eines Grundkapitals bezwecken. Der Art. 51 des Gesetzes lautet:

„Die Statuten müssen eine Summe bestimmen, unter welche das Kapital durch die Zurücknahme der Einschüsse (Geschäftsantheile, Apports) nicht sinken darf. Diese Summe darf nicht geringer, als der zehnte Theil des Gesellschaftskapitals sein. Die Gesellschaft ist vor der Einzahlung dieses Zehnttheils nicht konstituirt."

Digitized by Google

Auf diesem Umweg ist die französische Gesetzgebung schließlich wieder bei der Kapitalgenossenschaft mit einem garantirten Grundkapital angelangt. Mit Recht wendet aber Schulze hiegegen ein (a. a. O. S. 78), daß diese Maßregel nach keiner Seite hin befriedige, indem sie den Gläubigern gegenüber unzureichend, in Beziehung auf die Mitglieder aber ungerecht sei, weil sie den unerfahrenen vertrauenden Theil festhalte, wenn der mißtrauische, der an die Sache der Genossenschaft weniger hingebende Theil sich mit der rechtzeitigen Zurückziehung der Einschüsse beeilt habe.

Eine ähnliche Erscheinung bietet die englische Gesetzgebung, auf welche sich die Gegner des Grundsatzes der solidarischen Haftpflicht als Vorgang mit Unrecht berufen. Allerdings fordert die Akte, betreffend die Jndustrial und Provident Societies von denjenigen Gesellschaften, welche sich unter sie stellen, nicht die solidarische Haftpflicht. Allein von derselben sind überhaupt alle auf Bankgeschäfte gerichteten Gesellschaften ausgenommen. Sodann verlangt diese Akte auch bei denjenigen Genossenschaften, welche sich unter sie stellen können und zu welchen auch die Kranken- und Unterstützungskassen aller Art gehören, die Vollzahlung des gezeichneten Geschäftsantheils, was ein, wenn gleich unzureichender, Ersatz für das Grundkapital ist. Wenn dieselbe gleichwohl die Zurückgabe des auf den Geschäftsantheil eingezahlten Betrags beim Austritt auch vor dem Eintritt der Verjährung gestattet, so ist dieß ein Verlassen des eigenen Prinzips, eine Jnkonsequenz, welche ebendeßhalb der österreichische Entwurf, der sich in dem auf Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht bezüglichen Theil dem englischen Gesetz anschließt, durch das Verbot der Zurückgabe des Geschäftsantheils vor dem Eintritt der Verjährung verbessert.

Dem in dem österreichischen Entwurf gegebenen Vorgang ist der bayerische Gesetzgebungsausschuß der Kammer

Digitized by Google

der Abgeordneten [17] gefolgt. Derselbe hat den von der Regierung eingebrachten Entwurf insofern verlassen, als er streng zwischen den Genossenschaften mit solidarischer Haftpflicht und mit beschränkter Haftpflicht unterscheidet und für die Ersteren wie der österreichische Entwurf das norddeutsche Genossenschaftsgesetz aufnimmt. An diesen ersten Theil schließt sich in dem von dem Gesetzgebungsausschuß formulirten Entwurf ein gegen den Antrag des Berichterstatters mit Stimmenmehrheit beschlossener zweiter Theil, welcher sich mit den wirthschaftlichen Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht beschäftigt und die allseitig als unerläßlich anerkannten Garantien in folgenden Bestimmungen sucht: Die Firma muß von dem Gegenstand der Unternehmung entlehnt sein und die zusätzliche Bezeichnung „registrirte Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht" enthalten. [18] (Art. 71 des Entw.) Der Gesellschaftsvertrag muß auch Bestimmung über die Größe der Einlagen und der wiederkehrenden Beiträge enthalten, bis zu welchen jeder Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, ferner Bestimmung über die Bildung des Geschäftsantheils und die Art der Erhebung der Beiträge (Art. 73). Im Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters dauert die

---

[17] Während des Druckes dieses Heftes hat zufolge der in den öffentlichen Blättern gegebenen Nachrichten die Kammer der Abg. die Anträge des Gesetzgebungsausschusses angenommen.

[18] Es wird also eine kommerzielle Gesellschaft mit unbestimmter Mitgliederzahl, welche den Namen einer Genossenschaft nicht führen darf, neben die Genossenschaften und die Gesellschaften des Handelsgesetzbuchs gestellt. Der Grund des Verbots des Namens „Genossenschaft" für solche Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht ist ein ganz richtiger; es soll jede Verwechslung mit „eingetragenen Genossenschaften", bei welchen die solidarische Haftpflicht gilt, vermieden werden. Aber um so prägnanter tritt die hierin liegende Abänderung des allg. deutschen Handelsgesetzbuchs in Bezug auf sein Gesellschaftsrecht hervor, welche eine Umgehung der beschränkenden Vorschriften desselben sehr leicht macht.

Digitized by Google

vertragsmäßige Haftung desselben noch zwei Jahre nach Ablauf des Geschäftsjahres, in welchem das Ausscheiden erfolgt ist, fort. Diese Haftung erstreckt sich auf alle Verbindlichkeiten, welche von der Gesellschaft bis zum Ausscheiden des Gesellschafters eingegangen waren. Vor dem Erlöschen dieser Haftung darf der Geschäftsantheil des ausgeschiedenen Gesellschafters und das sonst denselben auf Grund des Gesellschaftsvertrags gebührende Guthaben nicht hinausbezahlt werden (Art. 76). Ergibt sich aus einer Bilanz, daß die Hälfte des Betrages der Geschäftsantheile der zur Zeit der Bilanzerrichtung der Gesellschaft angehörenden und nach Art. 76 noch in Haftung stehenden Mitglieder verloren gegangen ist, so kann die Verwaltungsbehörde einschreiten (Art. 78). Trotz des hieraus sich ergebenden Bestrebens, die Garantieen, welche das Handelsgesetzbuch für Aktiengesellschaften verlangt, durch andere zu ersetzen, scheint uns nun aber in Wirklichkeit durch die angeführten Bestimmungen ein Ersatz nicht geboten zu sein. Der Entwurf verlangt keine Volleinzahlung der statutenmäßig festgestellten Einlagen und ebensowenig eine Minimalzahl von Mitgliedern zur Konstituirung oder zum Fortbestand der Gesellschaft. Das Haftungskapital ist also von Anfang an unbestimmt und nicht einmal, soweit es besteht, baar vorhanden. Dabei sind der Natur der Sache nach die statutenmäßig festgestellten Einlagen Minimalbeträge. Bei schlechtem Gang der Geschäfte wird sich Jeder beeilen, seinen Austritt zu erklären. Das Verbot vor Ablauf der zwei Jahre den Geschäftsantheil herauszuziehen, wird aber hauptsächlich Diejenigen treffen, welche die Einlage vollständig einbezahlt haben. Den andern, welche noch im Rückstand sind, hat der Gläubiger persönlich nachzugehen, was er bei den kleinen Beträgen und der großen Zahl der Schuldner mit Rücksicht auf die Ungewißheit des Erfolges häufig unterlassen wird.

Es dürfte denn doch die Frage nahe liegen, ob die Zahl derjenigen kommerziellen Genossenschaften, welche

Digitized by Google

einerseits zu ihrem nöthigen Kredit den Grundsatz der Solidarhaft entbehren, andererseits gleichwohl ohne eine einheitliche Vertretung nach Außen oder mit ihrer Konstituirung als gemeinrechtliche Aktiengesellschaften oder als „Vereine" im Sinne des weiteren von dem Gesetzgebungsausschuß vorgeschlagenen Entwurfs ihre Zwecke nicht erreichen könnten, so groß, ob ihr Nutzen ein so zweifelloser ist, daß die Rücksicht auf sie derartige immerhin bedenkliche Versuche auf dem Gebiete der Gesetzgebung über das Gesellschaftsrecht zu rechtfertigen vermöchten.

Einen andern Weg hat das sächsische Gesetz eingeschlagen, welches alle Vereinigungen mit unbestimmter Mitgliederzahl in einem Gesetz über die juristischen Personen, jedoch wie schon erwähnt, mit sorgfältigem Eingehen auf die Eigenthümlichkeiten der einzelnen Arten regelt und daher besondere Beachtung verdient. Wir lassen hiebei die von Schulze ausführlich erörterte Frage über das Verhältniß dieses Gesetzes zu dem norddeutschen Genossenschaftsgesetz vom 4. Juli 1868 dahingestellt, da sie für die süddeutschen Staaten ohne wesentliches Interesse ist. Das sächsische Gesetz unterscheidet nach Voranschickung der für alle gemeinschaftlichen Bestimmungen (§. 10—38) 1) Aktiengesellschaften, 2) andere Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht, 3) Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht. In den Bestimmungen über Aktiengesellschaften (§. 39—55) finden sich im Wesentlichen die Vorschriften des Allg. D. Handelsgesetzbuches wieder, welche hiedurch für alle Genossenschaften, deren Mitglieder zur Aufbringung des im Voraus bestimmten Grundkapitals und nur mit Beschränkung hierauf verpflichtet sind, verallgemeinert wird. Bemerkenswerth ist die Bestimmung, daß eine Aktie bei einem die Summe von 100,000 Thalern erreichenden Geschäftskapital auf keinen geringern Betrag als 100 Thlr., bei 25,000 Thlrn. Geschäftskapital nicht auf weniger als 25 Thlr. und bei einem kleineren Geschäftskapital nicht auf weniger als 10 Thlr. lauten darf.

Digitized by Google

Zwischen diese Aktiengesellschaften und die Personalgenossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht stellt sodann das sächsische Gesetz die Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht. Allein sowohl nach der Absicht des Gesetzgebers, als nach den speziellen Bedürfnissen der wirthschaftlichen Genossenschaften ist dieser Theil des Gesetzes nicht für diese, sondern wesentlich für wohlthätige und die auf Gegenseitigkeit beruhenden Versicherungsgesellschaften berechnet. Hierüber läßt der §. 56 keinen Zweifel, welcher lautet: Soll die Haftpflicht der Genossenschaftsmitglieder ohne die Aufbringung eines bestimmten Gesellschaftskapitals zu bezwecken, dennoch auf die Leistung bestimmter, einmaliger oder wiederkehrender Beiträge zu dem Gesellschaftszweck beschränkt sein, wie z. B. bei den auf Gegenseitigkeit beruhenden Kapital-, Renten-, Kranken- oder sonstigen Versicherungskassen, so muß das Statut die Höhe der Beiträge oder die für deren Feststellung maßgebenden Grundsätze enthalten. Eine spezielle Prüfung des Statuts durch Sachverständige nach den Grundsätzen der Wahrscheinlichkeitsberechnung hat bei den Versicherungsgesellschaften nach §. 59 der Eintragung voranzugehen. Wenn und soweit hiernach, was namentlich Schulze-Delitzsch auch mit Bezugnahme auf die Motive als feststehend annimmt (S. 71 u. 72 a. a. O.), die wirthschaftlichen Genossenschaften unter den von den Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht handelnden Theil des sächsischen Gesetzes sich nicht stellen können, weil die Bildung eines Geschäftskapitals zu den wesentlichen Bedingungen ihrer Lebensfähigkeit unter allen Umständen gehört, hat das sächsische Gesetz bezüglich der wirthschaftlichen Genossenschaften das Richtige getroffen, indem es denselben die zwei Rechtsformen der Aktiengesellschaft (Kapitalgenossenschaft), auch wenn sie keine Handelsgesellschaften im Sinne des Handelsgesetzbuches sind und der Personalgenossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht offen läßt, ihre Konstituirung als Personalgenossenschaft mit beschränkter Haftpflicht jedoch

Digitized by Google

nicht zuläßt. Allerdings aber hat diese Absicht des Gesetzgebers, wie der lebhaft geführte Streit über das Verhältniß des norddeutschen Gesetzes über Genossenschaften zu dem sächsischen Gesetz beweist, keinen so bestimmten Ausdruck in dem Gesetz selbst gefunden, daß nicht auch wirthschaftliche Genossenschaften versuchen könnten, mit einem die Haftpflicht auf die Leistung bestimmter einmaliger oder regelmäßig wiederkehrender Beiträge beschränkenden Statute sich zu konstituiren.

Wenn aus dieser Prüfung einer größern Zahl von Gesetzgebungsarbeiten hervorgeht, daß die Versuche, für diejenigen Genossenschaften, welche sich nicht auf dem Prinzip der Solidarhaft konstituiren wollen, die für die Kapitalgenossenschaften von dem Handelsgesetzbuch verlangten Garantien für die Sicherheit des Verkehrs durch andere Garantien zu ersetzen und hiedurch die Prinzipien des Rechts zu wahren, nach keiner Seite befriedigen können, so wird man um so mehr Bedenken tragen müssen, die für die Kapitalgenossenschaften von dem Handelsgesetzbuch aufgestellten Grundsätze zu verlassen, als der Beweis nicht geführt ist, daß das Interesse der bei den wirthschaftlichen Genossenschaften betheiligten Volksklassen und die Rücksicht auf die möglichste Entwicklung des Genossenschaftswesens diesen legislativen Versuch verlangt. Man wird hierüber nicht im Zweifel sein können, wenn man sich, was von den Gegnern nicht immer geschieht, die Bedeutung eines die privatrechtlichen Verhältnisse der wirthschaftlichen Genossenschaften auf dem Grundsatz der Solidarhaft regelnden Gesetzes klar macht.

Einmal wird durch ein solches Gesetz keine bisher bestandene oder noch bestehende Vereinigung zu gemeinsamen Zwecken genöthigt, sich demselben zu unterwerfen. Durch das Gesetz soll keineswegs der Dispositionsfreiheit der zu dem gemeinsamen Zweck verbundenen Einzelnen eine bis jetzt nicht bestandene Beschränkung nach irgend einer Richtung auferlegt werden. Nur wenn sie gewisse durch das

Digitized by Google

Gesetz den sich ihm unterstellenden Vereinen eingeräumte Vortheile, insbesondere die einheitliche Vertretung nach Außen sich verschaffen wollen, können sie dieß nur unter den im Gesetz ausgesprochenen Bedingungen. Jedes Bedenken, welches vom Standpunkte der Bewegungsfreiheit aus gegen den Grundsatz der Solidarhaft erhoben wird, fällt hiemit von selbst.

Sodann beschränkt sich die ganze Streitfrage auf die wirthschaftlichen Genossenschaften, auf diese besondere Art der kommerziellen Gesellschaften mit gemeinschaftlichem Geschäftsbetrieb. Daß die zahlreichste und bedeutendste Klasse derselben, die Vorschuß- und Kreditvereine, wenn sie sich nicht als Aktiengesellschaften mit fundirtem Grundkapital konstituiren, in ihrem eigenen Interesse zur Gewinnung und Erhaltung des nöthigen Kredits die Solidarhaft nicht entbehren können, haben sie selbst anerkannt, indem sie ohne eine gesetzliche Nöthigung, man kann sagen, ausnahmslos den Grundsatz der Solidarhaft in ihre Statuten aufgenommen haben. Daß aber auch der Gesetzgeber gerade diesen Genossenschaften diese Garantie für die Sicherheit des Verkehrs nicht erlassen kann, beweist das englische Gesetz, auf welches sich die Gegner der Solidarhaft zu berufen pflegen, indem Gesellschaften von mehr als 10 Personen, welche Bankgeschäfte treiben, und Erwerbsgesellschaften mit mehr als 20 Mitgliedern von der Industrial and Provident Act ausgenommen sind. Ganz in derselben Lage befinden sich die sog. Produktiv-, Rohstoff- und Magazinsgenossenschaften, sobald sie ihre Geschäfte so schwunghaft betreiben, daß für sie das Bedürfniß, sich durch die Unterstellung unter ein Genossenschaftsgesetz die Möglichkeit der einheitlichen Vertretung nach Außen zu verschaffen, vorliegt. In der That sind es auch nur die Konsumvereine, in deren Namen gegen die Solidarhaft gekämpft wird. Allein auch die Rücksicht auf diese kann ein Abgehen von den hier vertheidigten Rechtsprinzipien nicht rechtfertigen. Man kann hiebei die oft aufgeworfene

Digitized by Google

Frage, ob der materielle Nutzen der bestehenden Konsumvereine, abgesehen von ihrer Wirkung als Sparkassen, nicht ein imaginärer und nur in dem mit dieser Einrichtung verbundenen Chekſystem zu suchen ist und ob sie eben deßhalb nicht eine vorübergehende Erscheinung sind, dahin gestellt lassen.[19] Jedenfalls müssen von den Konsumvereinen, für welche die Frage über die gesetzliche Regelung der Haftpflicht in einem Genossenschaftsgesetz praktische Bedeutung hat, alle Markenkonsumvereine ausgeschieden werden, da diese überhaupt nicht unter die wirthschaftlichen Genossenschaften im Sinne dieser Erörterung fallen, weil bei ihnen das Merkmal des gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs nicht zutrifft. Wenn nun beispielsweise von 16 Konsumvereinen in Württemberg, soviel dem Verfasser bekannt ist, zur Zeit nur der Konsumverein in Stuttgart nicht auf das Markengeschäft sich beschränkt, sondern eigene Geschäfte in offenen Verkaufslokalen betreibt, so wird man zu der Frage berechtigt sein, ob eine solche vereinzelte Erscheinung einen wesentlichen Einfluß auf die Gesetzgebung üben kann. Allein abgesehen hievon, ist entschieden unrichtig, daß durch ein auf Solidarhaft beruhendes Genossenschaftsgesetz die Entwicklung der Konsumvereine gefährdet würde. Wenn der eigene Geschäftsbetrieb, der Einkauf von Waaren zum Wiederverkauf an Mitglieder, ein unbedeutender ist, so bedürfen sie einer rechtlichen Persönlichkeit, welche ihnen ein Genossenschaftsgesetz anbietet, nicht. Bei unbedeutendem Geschäftsbetrieb können ihre Geschäftsführer unzweifelhaft auf ihren Namen und auf ihre Gefahr, ohne Nachtheile die Geschäfte machen. Wenn sie aber einen so schwunghaften Betrieb haben, daß ihre Geschäftsführer Bedenken tragen, dieß zu thun, womit der Wiederverkauf auch an Nichtmitglieder Hand in Hand geht, so sind sie Handelsgesellschaften im Sinne des Handelsgesetz-

[19] Vergl. hierüber Pfeifer, die Konsumvereine, ihr Wesen und Wirken 1865, S. 61.

Digitized by Google

buches;[20] jedenfalls ist für diesen Fall die Solidarhaft oder die Konstituirung mit den Garantien der Aktiengesellschaft für die Sicherheit des Verkehrs am wenigsten zu entbehren.

Mit der Regelung der privatrechtlichen Verhältnisse der wirthschaftlichen Genossenschaften auf der Grundlage der Solidarhaft ist nun aber allerdings die Aufgabe der Gesetzgebung bezüglich des modernen Genossenschaftswesens nicht erschöpft. Zwar ist eine Forderung, welche Schulze (a. a. O.) aufstellt, daß die nach dem Allg. D. Handelsgesetzbuch zu Errichtung von Aktiengesellschaften geforderte Staatsgenehmigung beseitigt werde, für Württemberg durch den Art. 35 des Einführungsgesetzes vom 13. August 1865 erfüllt, welcher von dem in dem Artikel 249 des Handelsgesetzbuches gemachten Vorbehalt Gebrauch gemacht hat. Auch ist solchen Genossenschaften, welche sich nicht unter ein auf dem Grundsatz der Solidarhaft beruhendes Gesetz stellen wollen oder von einem solchen, weil sie keine wirthschaftlichen Genossenschaften sind, keinen Gebrauch machen können, in der Form der gemeinrechtlichen Aktiengesellschaft oder der Erwerbung der juristischen Persönlichkeit eine geeignete Rechtsform für ihre privatrechtliche Stellung immerhin geboten. Namentlich die Kranken- und andere Unterstützungsvereine, Lesevereine, auch die auf Gegenseitigkeit beruhenden größeren Versicherungsgesellschaften u. s. f. können, wie schon bisher, in

---

[20] Hiemit steht nicht im Widerspruch, was Goldschmidt a. a. O. S. 426, Note 52 und S. 456, Note 4 sagt, da dort nur von dem Fall, wenn die Wiederveräußerung auf Vereinsgenossen beschränkt ist, gesprochen wird. Daß aber, wenn der Betrieb auch auf den Wiederverkauf an Nichtmitglieder ausgedehnt würde, was auch für die Frage von der Beiziehung zur Gewerbesteuer maßgebend sein dürfte, das Geschäft zum Handelsgeschäft wird, ist wohl nicht zu bezweifeln, wie diese Folge der Ausdehnung des Geschäfts auf Nichtmitglieder Goldschmidt a. a. O. S. 460 für die Vorschußvereine ausdrücklich hervorhebt.

Digitized by Google

den bezeichneten Rechtsformen ihre Zwecke unzweifelhaft erreichen. Allerdings aber bedürfen sie gemeinrechtlich, wo die Partikulargesetzgebung noch nicht eingegriffen hat, so auch in Württemberg, hiezu der Staaatsgenehmigung, wogegen mit Recht die schon oben bezeichneten Einwendungen erhoben werden. Eine gesetzliche Regelung der gemeinrechtlichen Aktiengesellschaften im Anschluß an die Handelsgesetzgebung, sowie eine gesetzliche Regelung der privatrechtlichen Verhältnisse der nichtwirthschaftlichen Genossenschaften, der Vereine, welche in dem sächsischen Gesetz sich findet und ebenso von dem bayerischen Gesetzgebungsausschuß[21] beschlossen ist, wird sich daher einem auf dem Grundsatz der Solidarhaft beruhenden Genossenschaftsgesetz anzuschließen haben.

III.

Fragmente.

1) Aus dem Oberhandelsgericht und dem Handelsgericht Stuttgart. *)

(Von Herrn Obertribunalrath Hörner.)

A. Wechselrecht.

1) Wechselunfähigkeit der Hauskinder; Einfluß der Volljährigkeit.

(Zu Art. 1 der a. d. W.-O.)

a) Die Giltigkeit eines Wechsels wurde angefochten, weil der Acceptant Hausſohn und als solcher nicht wechsel-

---

[21] Jetzt auch von der bayerischen Kammer der Abgeordneten.

*) Nachdem die in Gemäßheit der württ. Handelsgerichtsordnung vom 13. August 1865 für einzelne Bezirke errichteten Handelsgerichte mit der am 1. Febr. d. J. erfolgten Einführung

Digitized by Google

fähig sei. Der Acceptant ist zwar volljährig, hat das Studium der Medizin absolvirt und den Doktorgrad erlangt; allein sein Vater bezeichnet ihn unwidersprochen als Kandidaten der Medizin und sein Gemeinderath bezeugt, daß derselbe noch kein eigenes Vermögen und keinen eigenen Haushalt besitze, sondern stets von seinem Vater unterhalten worden sei und bis jetzt unter väterlicher Gewalt stehe.

Das Oberhandelsgericht erklärte den eingeklagten Wechsel für nichtig, aus folgenden Gründen:

1) Das Parentel-Verhältniß zwischen dem Beklagten und seinem im Rechtsstreit für ihn aufgetretenen Vater, sowie die an sich durch die gemeinderäthliche Beurkundung erwiesene Thatsache, daß der Beklagte bis jetzt einen selbstständigen Haushalt nicht begründet, sondern auf Kosten seines Vaters auf der Universität sich zur ärztlichen Praxis vorbereitet hat, ist vom Kläger nicht bestritten, auch nicht behauptet worden, daß der Beklagte aus der väterlichen Gewalt, welcher bei dieser Sachlage der Bekl. gesetzlich unterworfen wäre, ausdrücklich entlassen worden sei. Ob der Beklagte, wie klägerischer Seits behauptet wird, die Universität verlassen und sich auf Reisen begeben hat, ist ohne Einfluß auf das Bestehen der väterlichen Gewalt, da hiemit ein selbstständiger Hausstand nicht gegründet wäre; auch ist nicht nöthig, der ohne nähere thatsächliche Begründung aufgestellten Behauptung des Klägers auf den Grund zu sehen, daß Beklagter in der Lage sei, sich selbst erhalten zu können, weil nicht diese Möglichkeit, sondern nur das wirkliche Einschlagen eines Berufes oder

---

der neuen Gerichtsverfassung zu bestehen aufgehört haben und das Oberhandelsgericht nach dem Gerichtsverfassungsgesetze vom 13. März 1868 mit der Civilkammer des Obertribunals vereinigt worden ist, so schließen die obigen Mittheilungen mit dem 1. Febr. d. J. ab und es werden das Handels- und Wechselrecht in Zukunft in den regelmäßigen Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals ihre Stelle finden. (K.)

Digitized by Google

Erwerbszweiges, welcher den Beklagten von dem Vermögen seines Vaters unabhängig gemacht hätte, das Ende der väterlichen Gewalt hätte herbeiführen können. Endlich ist auch die Behauptung des Klägers, daß der Beklagte des Besitzes von Aktivforderungen gegen Dritte sich berühme, in dieser Allgemeinheit nicht erheblich, weil eigenes Vermögen des Haussohnes nur dann von den Dispositionsbefugnissen des Hausvaters befreit ist, wenn dasselbe von dem Letzteren oder Dritten unter der Bestimmung dem Haussohn überlassen worden ist, daß dabei die Eigenthums-, Verwaltungs- und Nutznießungsrechte des Vaters wegfallen sollen, was vom Kläger hier nicht behauptet worden ist.

2) Steht hiernach fest, daß der Beklagte sich noch in väterlicher Gewalt befindet, und daß Kläger nicht darzuthun vermag, es habe der Beklagte mit Bezug auf einen seiner eigenen Verfügung überlassenen Vermögenstheil seine Verbindlichkeit gegen ihn eingegangen, so folgt hieraus eines Theils die Befugniß, ja selbst die Obliegenheit des Vaters, den Sohn in dem wider ihn erhobenen Rechtsstreit zu vertreten, [1] andern Theils aber auch die Anwendbarkeit derjenigen gesetzlichen Normen, durch welche Hauskinder in Beziehung auf die Uebernahme von Verbindlichkeiten gegen Dritte Beschränkungen unterworfen sind. Da zwischen den Parteien bestritten geblieben ist, ob die eingeklagte Wechselforderung aus einem Darlehen des Klägers an den Beklagten herrührt, so steht dahin, ob dieselbe nach Thl. II, Tit. 28, §. 2 des Landrechts als verbotenes und nichtiges Darlehen angesehen werden könnte, jedenfalls aber fällt die Uebernahme einer Wechselschuld unter das allgemeine Verbot des §. 1, wonach Hauskinder ohne des Vaters Willen von dem der Disposition des Vaters unterliegenden Vermögen gar Nichts hingeben oder verändern mögen, womit nach der Ausdrucksweise des Land-

[1] cst. 8, §. 3, Cod. de bonis, quae liberis (6, 61), vergl. württ. Landrecht Thl. I, Titel 60, §. 5, 20.

Digitized by Google

rechts nicht allein das direkte Hingeben eines Vermögenstheils, sondern nach dem Vorgang des gemeinen Rechtes (vergl. Landrechtsakten S. 236) überhaupt jede belastende Verfügung über das Vermögen des Hauskindes und damit selbstverständlich die Uebernahme einer Wechselverbindlichkeit (Wechselordnung Art. 1) für nichtig erklärt ist. Das von Anfang an nicht rechtsverbindliche Geschäft des Beklagten konnte sodann auch durch die nachgefolgten Schuldanerkenntnisse desselben nicht zu rechtlicher Wirksamkeit gelangen, weil diesen Willenserklärungen derselbe Mangel der Dispositionsbefugniß des Haussohnes im Wege stund, welcher schon die Nichtigkeit der ersten Schuldübernahme begründet hatte. [2]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 5. März 1868.

b) Der Art. 1 der allg. deutschen Wechselordnung erklärt Jeden für wechselfähig, welcher sich durch Verträge verpflichten kann. Die Fähigkeit, durch Verträge sich zu binden, bildet bei großjährigen, ihrer Vermögensverwaltung nicht besonders entsetzten Personen die Regel. Stehen Volljährige noch unter väterlicher Gewalt, so sind dieselben zwar in der Veräußerung von Vermögenstheilen an die Zustimmung des Hausvaters gebunden (Landrecht Thl. II, Tit. 28, §. 1), auch hinsichtlich der Belastung ihres Vermögens durch Eingehen von Vertragsverbindlichkeiten in soweit, als an ihrem Vermögen dem Hausvater Verwaltungs- und Nutzungsrechte zustehen, überhaupt und in Uebernahme von Darlehensschulden insbesondere beschränkt (Landrecht a. a. O. §. 2), jedoch nicht allgemein unfähig, Verträge mit rechtlich bindender Kraft abzuschließen. Sind die von Hauskindern abgeschlossenen Verträge im Allgemeinen rechtlich wirksam und nur beim Vorhandensein besonderer Umstände oder wenn durch dieselben die Rechtszuständigkeiten des Vaters verletzt würden, für kraftlos zu erkennen, so erscheint die von dem Vater oder dem Haus-

[2] Vergl. Hoffmann, Erl. der a. d. Wechselordnung S. 172.

Digitized by Google

kinde der Klage aus dem Vertrage entgegengesetzte Einwendung, daß dieser Vertrag ein vom Gesetz reprobirter sei, als Einrede im prozeßualischen Sinne. Als solche, wenn auch mit besonders begünstigenden Bestimmungen wird jenes Vorbringen im gemeinen Rechte aufgefaßt — exceptio Sct. Macedon. vergl. l. 7, 9, 19. D. de Scto Macedon. (14, 6) — und daß das einheimische Recht hierin eine Aenderung nicht einführen wollte, geht daraus hervor, daß der §. 2 cit. des Landrechts auf die dießfallsigen gemeinrechtlichen Bestimmungen gegründet wird (Landrechtsakten S. 236). Zu Begründung der Einrede in thatsächlicher Beziehung gehört auch der Nachweis, daß die der Ausstellung des eingeklagten Wechsels zu Grund gelegene Schuldverbindlichkeit aus einem Darlehen oder einem Kauf auf Borg herrühre. Als Beweismomente für die erlangte Selbstständigkeit erscheinen der Betrieb eines Geschäftes auf eigene Rechnung und unter eigenem Namen (im vorliegenden Falle hatte es sich um den Betrieb eines Putzgeschäftes gehandelt), das Innehaben einer eigenen Wohnung und die Entrichtung von Gewerbe- und Wohnsteuer.[3] Von einem Wiederaufleben der väterlichen Gewalt, auch wenn die Voraussetzungen der Selbstständigkeit wieder wegfallen, kann aber die Rede nicht sein.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 3. Novbr. 1868 in Sachen E. c. A.

2) Bezeichnung des Remittenten; Hinzufügung eines unrichtigen Titels.

(Zu Art. 4, Ziff. 3 der a. d. W.-O.)

Ein Wechsel wurde als ungiltig angefochten, weil in demselben der Remittent irriger Weise als Regierungsdirektor anstatt als Regierungsrath bezeichnet war. Dieser Einwand wurde verworfen. Denn, sagen die Entschei-

[3] Landrecht Thl. II, Tit. 18, §. 7; Tit. 28, §. 3; Art. 12 des revid. Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dezbr. 1833.

Digitized by Google

dungsgründe: „Der Art. 4 der allg. deutschen Wechselordnung fordert für einen gezogenen Wechsel neben den anderen nicht hieher gehörigen Erfordernissen unter Ziff. 3 blos den Namen der Person, an welche oder an deren Ordre gezahlt werden soll (des Remittenten)." Die Beifügung des Prädikats oder Titels dieser Person ist unwesentlich. Wenn beides füglich wegbleiben kann, muß auch die Anführung eines unrichtigen Titels unerheblich sein. Im vorliegenden Falle ist der Name des Remittenten, an dessen Ordre zu zahlen sei, genannt. Somit kann der Wechsel vom Beklagten nicht als ein rechtsungiltiger angefochten werden.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 20. August 1868 in Sachen K. c. St.

3) Giltigkeit eines nicht auf Ordre gestellten Wechsels.

(Zu Art. 4, Ziff. 3 und Art. 96, Ziff. 3 der a. d. W.-O.)

Der Giltigkeit eines Wechsels steht es nicht im Wege, daß er nicht auf Ordre gestellt ist. Nach Art. 4, Ziff. 3 und Art. 96, Ziff. 3 der allg. deutschen Wechselordnung gehört zu den wesentlichen Erfordernissen eines Wechsels der Name der Person oder die Firma, an welche oder an deren Ordre gezahlt werden soll. Es ist also nur das eine oder das andere, Angabe, an wen oder an wessen Ordre gezahlt werden soll, erforderlich. Dieß wird bestätigt durch die Motive des preuß. Entwurfs zur Wechselordnung, wonach eine gesetzliche Vorschrift, daß der Wechsel an Ordre gestellt werden müsse, für unnöthig erklärt wird, wenn das Gesetz verlange, daß das Papier als „Wechsel" bezeichnet werden müsse und die Uebertragbarkeit des Wechsels als Regel anerkannt werde,[4] ferner durch das Protokoll über die vierte Konferenzsitzung, wornach die Frage, ob ein Wech-

[4] Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz Leipzig bei Hirschfeld, S. XXXII.

sel ausdrücklich auf Ordre gestellt sein müsse, wenn er als Wechsel betrachtet werden solle, einstimmig verneint wurde. [5]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 18. August 1868 in Sachen K. c. H.

4) Bezeichnung der Verfallzeit; fehlende Jahreszahl.

(Zu Art. 4 Ziff. 4 der a. d. W.-O.)

a) In einer Wechselklagsache enthielt der eingeklagte Wechsel de dato 1. Februar 1866 als Zahlungszeit die Worte: „Medio April" ohne Jahreszahl. Von der Hand des Traffaten war beigefügt: „Verlängert bis 15. Mai 1866, C. W." Das Handelsgericht Stuttgart führte zu seinem den Beklagten verurtheilenden Erkenntnisse Folgendes aus:

Der Art. 4, Ziff. 4 der allg. deutschen Wechselordnung bezeichnet als wesentliches Erforderniß eines Wechsels die Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll. Gestützt auf diese gesetzliche Bestimmung gehen einzelne Gerichte davon aus, daß die beim Zahlungstage fehlende Jahreszahl einen im Uebrigen vollständigen Wechsel ungiltig mache. [6] In Betracht aber, daß die betreffende Gesetzesbestimmung die Beisetzung der Jahreszahl nicht ausdrücklich verlangt, sondern nur die Angabe der Zahlungszeit, also in einer keinem Zweifel Raum gebenden Weise, verlangt; daß ferner schon der allgemeine Sprachgebrauch darauf hinweist, daß, wenn eine Verbindlichkeit an einem nach Tag, Monat und Jahr bestimmten Zeitpunkte eingegangen wird und die Leistungszeit nur nach Tag und Monat ohne Jahreszahl bestimmt ist, der nächstfolgende zutreffende Monatstag gemeint ist; daß endlich dieser Sprachgebrauch auch in l. 41, pr. D. de V. O.

[5] Protokolle S. 12.

[6] Dieses Archiv Bd. II, S. 494, 495; Bd. III, S. 174; Bd. V, S. 248; Bd. IX, S. 143, 144; Seuffert, Archiv Bd. XII, Nr. 181; Tafel, Civilrechtssprüche Bd. IV, S. 291; Löhr, Centralorgan Bd. III, S. 115.

Digitized by Google

(45, 1) seine ausdrückliche Bestätigung findet und kein Grund vorliegt, diese Bestimmung nicht auch auf Wechsel anzuwenden, ist man der entgegengesetzten Ansicht gefolgt und hat die Giltigkeit des Wechsels nicht beanstandet.

Entscheidung des Handelsgerichtes Stuttgart vom 19. Juni 1866 in Sachen H. c. W.

b) In einem von E. P. auf den Gemeinderath K. in J. gezogenen Wechsel d.d. 14. Januar 1867 war die Zahlungszeit dahin bestimmt: „Am 1. November zahlen Sie gegen diesen Primawechsel ꝛc." Als dieser von dem Trassaten am 15. Jan. 1867 acceptirte, und am 1. Nov. 1867 protestirte Wechsel gegen den Acceptanten eingeklagt wurde, wandte der Beklagte ein, daß in dem Wechsel das Jahr der Zahlungszeit und ebendeßhalb ein bestimmter Tag des Verfalls nicht bezeichnet, somit der Wechsel wegen Mangels eines der nach Art. 4 der allg. deutschen Wechselordnung vorgeschriebenen wesentlichen Erfordernisse ungiltig sei. Das Oberhandelsgericht fällte jedoch ein den Beklagten verurtheilendes Erkenntniß aus folgenden Gründen:

Die Entscheidung über die vorliegende Wechselklage hängt von der Beantwortung der Frage ab: ob den Vorschriften des Art. 4 der allg. deutschen Wechselordnung, betreffend die wesentlichen Erfordernisse eines gezogenen Wechsels, hinsichtlich der Angabe der Zahlungszeit dadurch genügt werde, wenn in einem Tagwechsel der Tag und Monat der Zahlung ohne Andeutung der Jahreszahl des Verfalls enthalten sei, insbesondere dann, wenn, wie im vorliegenden Falle, der im Wechsel angegebene Zahlungstag noch in demselben Kalenderjahre mit dem Ausstellungstage und zwar als ein dem Ausstellungstag nachfolgender Tag sich vorfinde. Diese Frage hat sowohl in der Doktrin, als in der Rechtsprechung der höheren deutschen Gerichte eine verschiedene Beantwortung gefunden. Während eine Mehrzahl von Urtheilen höherer Gerichte,[7] sowie eine

[7] Seuffert, Archiv Bd. VII, Nro. 230; Bd. IX, Nr. 59; Bd. XI, Nr. 276; Bd. XII, S. 241; Bd. XIII, Nr. 228; Bd. XXI,

Digitized by Google

Mehrzahl von Rechtslehrern [8] die formelle Giltigkeit eines solchen Wechsels nicht beanstanden, hat das württembergische Obertribunal in seiner Eigenschaft als vormaliges Wechselgericht sowie als oberstes Gericht in einer Reihe von Entscheidungen die formelle Ungiltigkeit solcher Wechsel ausgesprochen. [9] Diese strengere Ansicht, welche auch von andern höheren Gerichten, [10] sowie von Schriftstellern [11] als die richtige angenommen wurde, war übrigens schon bei der wiederholten Berathung der Frage in Plenarsitzungen des Obertribunals nicht ohne Widerspruch geblieben. [12] Für das Oberhandelsgericht, seit Einführung der württembergischen Handelsgerichtsordnung die höchste Instanz in Wechselsachen, erschien bei seiner von der Besetzung der früheren Wechselgerichte verschiedenen Zusammensetzung aus theilweise kaufmännischen Richtern die erneuerte selbstständige Erörterung dieser erstmals an dasselbe gebrachten Streitfrage geboten. Bei dieser erneuerten Prüfung der für die eine und die andere Ansicht sprechenden Gründe hat man gegenüber von den für die seitherige Rechtsprechung des Obertribunals angeführten Momenten, wie solche in dem Wechselarchiv [13] vollständig entwickelt sind, die auf die entgegengesetzte Ansicht führende Erwägung für überwiegend erachtet, daß

Nro. 153; Wechselarchiv Bd. III, S. 331; Bd. VI, S. 203, 433; vergl. weitere Präjudizien bei Borchardt, Wechselordnung, 4. Aufl., S. 46, 47.

[8] Hoffmann, Erläut. S. 192; Renaud, Wechselrecht, 2. Aufl., S. 42, Nr. 13; Wächter, Wechsellehre, S. 134; Volkmar und Löwy, Wechselordnung S. 32; Thöl, Wechselrecht, 2. Aufl., S. 140.

[9] Dieses Archiv Bd. II, S. 494, Bd. III, S. 174, Bd. V, S. 248; Bd. IX, S. 143, 144; Seuffert, Archiv Bd. XII, Nro. 61, 181; Löhr, Centralorgan Bd. III, S. 115.

[10] vgl. Wechselarchiv Bd. XVI, S. 108.

[11] Haimerl, Anleitung S. 53; Borchardt, im Wechselarchiv Bd. IV, S. 192.

[12] Dieses Archiv Bd. IX, S. 143, 144.

[13] Bd. X, S. 166 ff.

Digitized by Google

1) in Art. 4 der allg. deutschen Wechselordnung zwar für die Zeit der Ausstellung (Art. 4, Ziff. 6 der Wechselordnung) die Angabe des Monatstages und Jahres, dagegen für die Zeit der Zahlung nur im Allgemeinen die Bezeichnung eines „bestimmten Tages" als wesentliches Erforderniß eines Wechsels vorgeschrieben wird;

2) daß es somit als eine der richterlichen Beurtheilung anheimfallende Thatfrage erscheint, ob der Zahlungstag im einzelnen Falle mit der gehörigen Bestimmtheit angegeben ist;

3) daß es ein im mündlichen und schriftlichen Verkehr, insbesondere bei Zahlungsversprechen, allgemein üblicher Gebrauch ist, unter der Angabe eines künftigen Monatstages ohne ausdrückliche Bezeichnung der Jahreszahl den auf die Zeit der Erklärung nächstfolgenden Monatstag zu verstehen;

4) daß die Anwendung dieser Regel auch auf den Wechselverkehr unbedenklich geschehen kann und muß, weil bei Tagwechseln die Festsetzung der Verfallzeit auf längere Zeiträume oder auf eine Reihe von Jahren hinaus weitaus die Ausnahme von der üblichen Umlaufzeit solcher Wechsel bildet und in einem solchen Ausnahmefall die Jahreszahl regelmäßig bestimmt angedeutet wird;

5) daß hienach auch im Wechselverkehr durch die bloße Angabe des Monatstages der Zahlung insbesondere dann, wenn der Zahlungstag noch in dasselbe Kalenderjahr mit dem Ausstellungstage fällt, auf eine für Jedermann verständliche Weise ausgesprochen wird, daß die Zahlung an dem auf den Ausstellungstag zunächst folgenden Monatstag zu erfolgen habe.

Hienach erscheint im vorliegenden Falle, in welchem der am 14. Januar 1867 ausgestellte Wechsel als die Zeit der Zahlung den 1. November bezeichnet, diese Bezeichnung als die Bezeichnung eines bestimmten Tages im Sinne des Art. 4 der allg. deutschen Wechselordnung, nämlich des 1. November 1867. Demzufolge war die

Digitized by Google

beklagterseits aus der Festsetzung der Zahlungszeit abgeleitete Einwendung gegen die Giltigkeit des eingeklagten Wechsels zu verwerfen.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 31. Dezember 1867 in Sachen E. c. K.

5) Die Bezeichnung der Verfallzeit „Pr 6 cts" ist als eine genügend bestimmte zu betrachten.

(Zu Art. 4, Ziff. 4 der a. d. W.-O.)

In einem am 1. Juli 1867 ausgestellten Wechsel war die Zahlungszeit folgendermaßen bezeichnet: „Pr 6 cts zahlen Sie ꝛc." Die Klage aus diesem Wechsel wurde von dem Handelsgericht H. abgewiesen, weil der Wechsel des wesentlichen Erfordernisses des Art. 4, Ziff. 4 der a. d. Wechsel-Ordnung, der bestimmten Verfallzeit des Wechselbetrages, ermangle, soferne die Schriftzüge an der Stelle, an welcher die Verfallzeit des Wechselbetrages angegeben zu werden pflege, so undeutlich erscheinen, daß deren Bedeutung nicht für Jedermann erkennbar sei und weil, auch angenommen, die Schriftzüge hinter der Zahl 6 bedeuten das Wort „currentis", es immerhin noch zweifelhaft sei, ob sich diese Bezeichnung auf den laufenden Monat beziehen.

Das Oberhandelsgericht reformirte dieses Erkenntniß und erklärte den Wechsel für giltig, aus folgenden Gründen:

So wenig das Schriftzeichen vor der Ziffer 6 für ein anderes, als für den Buchstaben P gehalten werden kann, so wenig ist zu verkennen, daß der erste Buchstabe, welcher auf die Ziffer 6 folgt, das lateinische c darstellt. Das damit verbundene Schriftzeichen sodann, wenn es gleich flüchtig hingeworfen ist, ist eher für ein t als für einen anderen Buchstaben des Alphabets anzusehen. — Der Buchstabe c in Verbindung mit einer Zahl oder einer andern Bezeichnung (einem Buchstaben), welche auf einen Zeitabschnitt hinweisen, ist ein ganz gewöhnliches und nicht mißzuverstehendes Abkürzungszeichen für die Bezeichnung des laufenden Zeitabschnittes, von welchem gerade die Rede

Digitized by Google

ist. Man schreibt a. c. für anni currentis, m. c. für mensis currentis, auf 6. c. für auf den 6ten currentis. Daß einzelne dem Buchstaben c. ein t. oder s. oder beides anzuhängen pflegen (ct. cs. cts), kann dem Verständniß des Abkürzungszeichens c., als das Wort currentis bezeichnend, keinen Eintrag bringen. Waren sonach die Schriftzüge in dem vorliegenden Wechsel für hinreichend deutlich zu erachten, um solche als Bezeichnung der Worte Pro 6ten currentis nicht mißzuverstehen, so ist ferner der vorige Richter auch darin zu weit gegangen, daß er in der Hinweglassung des Nennwortes zu „currentis" einen Grund zu dem Zweifel gefunden hat, welcher Zeitabschnitt und daß der laufende Monat hier gemeint sei.

Die gedachten Worte folgen unmittelbar auf das Datum des Wechsels: „W. den 1. Juli 1867" und erhalten dadurch ihre nähere Bestimmung. Es ist eine allgemein gebräuchliche Abkürzung bei Zeitbestimmungen, daß da, wo der betreffende Monat so eben genannt war oder sonst aus dem Zusammenhang der Satzverbindung erhellt, von welchem Monat die Rede sein soll, der Nennung der Zahl des Monatstages die Anfangsbuchstaben der Worte „dieses" (d.), „des laufenden" (d. l.) „currentis" (c.), unter Hinweglassung des Monatsnamens oder der Jahreszahl, hinzugefügt werden, und es wird wohl Niemand in einem solchen Falle, wenn gesagt wird, am 6. d. oder am 6. c., die Rede so auffassen, als ob man habe sagen wollen, am sechsten des laufenden Jahres, vielmehr darf man dies als eine für Jedermann verständliche Redeweise betrachten, wodurch der sechste Tag des laufenden Monats habe bezeichnet werden wollen.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 8. August 1867 in S. G. c. B.

6) Auch aus einem durch Cession übertragenen Wechsel kann wechselmäßig geklagt werden.

(Zu Art. 9 und 10 der a. d. W.-O.)

Die Uebertragung der Rechte aus einem Wechsel durch

Digitized by Google

Cession ist, wie das Oberhandelsgericht schon früher ausgesprochen hat, statthaft. Die Wechselordnung bestimmt in Art. 9, Satz 1 nur, daß der Remittent den Wechsel an einen Andern durch Indossament übertragen könne, erklärt dieß aber nicht für die einzig mögliche Art der Uebertragung, und schließt den Uebergang durch Cession sowenig als den durch Erbgang aus. In den Motiven des preuß. Entwurfes zu dem (jetzigen) Art. 9 ist vielmehr die Uebertragung durch Cession ausdrücklich als zulässig erkannt, eine Erwähnung des civilrechtlichen Geschäftes der Cession jedoch in der Wechselordnung für überflüssig und unangemessen erklärt, weil sich die Wechselordnung auf die eigentlich wechselmäßigen Geschäfte, also hier auf das Indossament, zu beschränken habe,[14] eine Auffassung, gegen welche bei der Berathung des Artikels in der Kommission nichts eingewendet wurde. Können aber hienach die Rechte aus einem Wechsel auch durch Cession übertragen werden,[15] so kann der Cessionar dieselben in gleicher Weise, wie der Cedent, also namentlich auch im Wege des Wechselprozesses geltend machen.[16]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 18. August 1868 in Sachen K. c. H.

7) Ungiltiges Blancoindossament auf der Vorderseite des Wechsels; nachträgliche Ausfüllung durch den Indossanten.

(Zu Art. 11 und 12 der a. d. W.-O.)

J. M. in L. hatte am 2. Juli 1865 auf den Bekl. eine Tratte folgenden Inhalts gezogen:

---

[14] Protokolle, S. XXXV. und XXXVI.

[15] Brauer, die allg. d. W.-O., S. 44; Thöl, Wechselrecht, 2. Aufl., S. 381; Borchardt, die allg. d. W.-O., 3. Aufl., S. 77, Zus. 158; Archiv für Wechselrecht, Bd. XII., S. 174.

[16] Thöl a. a. O., Note 1; Borchardt a. a. O.; Archiv für Wechselrecht, Bd. XI., S. 284 ff.; vgl. auch Volkmar u. Löwy, Wechselrecht, S. 66, 69; Bluntschli, Wechselordnung, S. 37; Renaud, Wechselordnung, S. 120, N. 1; Archiv für Wechselrecht, Bd. X., S. 379, 380.

Digitized by Google

A dato 4 Wochen zahlen Sie gegen diesen meinen Prima-Wechsel an die Ordre meiner selbst die Summe von 121 fl. — Werth einverstanden.

L., den 2. Juli 1865.

Joseph M.

Herrn Jacob H. in O.

Unter dieser Urkunde ist mit gleichem Datum beigesetzt:

Angenommen Jacob H.

Dieser Wechsel wurde unter dem 21. März 1868 durch Heinrich Sch. in L. gegen den Acceptanten H. eingeklagt. Auf dem mit dieser Klage dem Gerichte vorgelegten Wechsel fand sich unterhalb des Accepts auf der Vorderseite des Wechsels der Name Joseph M., in welchem der Kl. ein Blankoindossament des Ausstellers auf ihn finden wollte.

Der Bekl. anerkannte die Aechtheit des Wechsels, bestritt aber den Uebergang desselben auf den Kläger Sch.

Durch Erkenntniß des Gerichtes erster Instanz vom 15. April 1868 wurde der Wechselkläger mit seiner Klage abgewiesen, weil in dem auf der Vorderseite des Wechsels beigesetzten Namen Joseph M. ein Indossament nicht gefunden werden könne.[17]

Auf Ansuchen des Joseph M. wurde demselben am 1. Mai 1868 der von Sch. dem Gerichte übergebene Wechsel ausgefolgt, worauf von letzterem am 6. Mai unter Wiedervorlegung des Wechsels, auf welchem sich nunmehr vor der Unterschrift des Joseph M. die Worte finden: „für mich an die Ordre des Herrn Heinrich Sch. in L. Werth erhalten" abermals aus dem Wechsel Klage erhoben wurde.

Der Bekl. anerkannte den Wechsel mit dem nunmehrigen Indossamente und wendete gegen die neue Klage

[17] Vergl. Art. 12 der a. d. W.-O.; Borchardt, Wechselordn., 2. Aufl., S. 62; anderer Meinung ist Thöl, Wechselrecht, 2. Aufl., §. 263, Note 11 u. 12, S. 452.

Digitized by Google

ein, daß darüber schon durch das frühere Erkenntniß rechtskräftig entschieden sei. Von Kl. Seite wurde entgegnet, daß Kl. seine früher vermißte Eigenschaft als Indossatar jetzt durch das ergänzte Indossament nachgewiesen habe.

Durch Erkenntniß des Gerichtes erster Instanz vom 30. Juni 1868 wurde der Kläger abermals abgewiesen, weil die Wechselforderung sich auf einen Wechsel gründe, über welchen bereits ein rechtskräftiges Erkenntniß gefällt sei, welcher daher nicht mehr auf rechtsgiltige Weise habe begeben werden können.

Das Oberhandelsgericht änderte jedoch in der Berufungsinstanz dieses Erkenntniß ab und verurtheilte den Bekl. zu Bezahlung der eingeklagten Summe und zwar aus folgenden Gründen:

Das Urtheil vom 15. April 1868 hat sich laut der solches erläuternden Gründe in keiner Weise mit der Frage von der Giltigkeit des eingeklagten Wechsels und dem Bestehen der Wechselforderung an sich befaßt, vielmehr den Kläger einzig aus dem Grunde abgewiesen, weil seine Eigenschaft als Erwerber des auf andern Namen ausgestellten Wechsels nicht aus der Urkunde ersichtlich war (vergl. Wechselordn. Art. 36). Es liegt am Tage, daß dieses gegen einen nicht berechtigten Inhaber des Wechsels ergangene Urtheil dem Trassanten oder durch giltiges Indossament legitimirten Inhaber von seinen rechtlichen Befugnissen nichts zu entziehen vermag, weil ihm gegenüber ein Urtheil nicht erlassen werden wollte und der Grund, aus welchem der nicht legitimirte Inhaber abgewiesen wurde, auf den rechtlichen Inhaber keine Anwendung leidet. Allein das abweisende Erkenntniß kann auch der im Prozesse aufgetretenen Partei gegenüber nur insofern die Rechtskraft beschreiten, als dadurch das Verhältniß derselben zu dem Wechsel zur Zeit der erhobenen Klage zur Entscheidung gebracht wird. Dagegen steht dasselbe einem etwaigen späteren Rechtserwerbe und daraufhin erneuerten Klagführung

Digitized by Google

deßhalb nicht entgegen, weil der spätere Erwerbsakt nicht Gegenstand der Entscheidung und der Erwerb an sich durch keine gesetzliche Vorschrift untersagt ist.[18] Hienach kann im vorliegenden Falle nicht mit Grund gesagt werden, daß die ergangene erste gerichtliche Entscheidung in dem Sinne sachlich (in rem) wirke, daß dem Kläger für alle Zeiten eine Klage aus dem Wechsel unmöglich sei. Es stand demnach einem nach Erledigung des ersten Rechtsstreits in gesetzlicher Form bewerkstelligten Indossament von Joseph M. auf den Kläger nichts im Wege. Hiebei hätte allerdings eine von dem Kläger als Wechselinhaber vorgenommene nachträgliche Ausfüllung des über der zweiten Unterschrift des Trassanten befindlichen Raumes mit den jetzt dort stehenden Worten als eine statthafte Form eines Indossaments nicht erscheinen können, weil die Befugniß zur Ausfüllung von Blankoindossamenten in Art. 13 der W.-O. nur dem rechtlichen Inhaber des Wechsels eingeräumt ist und durch das gerichtliche Erkenntniß vom 15. April d. J. festgestellt ist, daß der Kläger ein solcher nicht war, und daß der Name des Trassanten an der Stelle, an welcher er sich befindet, als Blankoindossament nicht erscheinen kann.[19] Hiedurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß derjenige, welcher nach dem Urtheil des Gerichtes als urkundlich legitimirter Wechselinhaber erscheint, von seiner Befugniß zur Begebung des Wechsels (Art. 9 der a. d. W.-O.) Gebrauch macht. In Ermanglung eines dießfallsigen gesetzlichen Verbotes erscheint der Remittent sogar nicht gehindert, sein wegen Formfehlers früher unkräftiges Indossament durch Ergänzung des Mangels zu einem der gesetzlichen Form genügenden zu ergänzen. Mit Unrecht glaubt daher der Beklagte, daß die Unterschrift des Jos. M., welcher im ersten Wechselprozesse als Blankoindossament

[18] Vergl. Savigny, System, Bd. VI., S. 378 II.; Wächter, Erörterungen, Heft III., S. 10, N. 12.

[19] Borchardt, W.-O., Zus. 182 ad Art. 13; Hoffmann, Wechselrecht, S. 241.

Digitized by Google

keine Geltung beigemessen werden konnte, für alle Zeit unkräftig bleibe. Das Giro, auf welches jetzt der Kläger seine Legitimation gründet, entspricht, wie der Beklagte anerkannt hat, den dießfallsigen Vorschriften des Gesetzes, auch ist die Unterschrift desselben von dem Beklagten als ächt anerkannt. Sache des Beklagten wäre es also, zu beweisen, daß dennoch das Indossament von Jos. M. nicht ausgegangen sei. Zu Gunsten der dießfallsigen Behauptung des Beklagten kommt zwar in Betracht, daß durch die Akten in dem ersten Wechselprozesse nachgewiesen und jetzt auch nicht bestritten ist, daß die Unterschrift des Jos. M. schon vor den das Giro enthaltenden Worten auf die Urkunde gesetzt worden ist und daß letzteres, wie es scheint, nicht einmal von der Hand des M. herrührt. Wenn man aber aus den vorliegenden Akten ersieht, daß der Wechsel von dem Untergerichte nach seinem ersten Urtheile an den Remittenten zurückgegeben worden ist und daß er von diesem wieder in die Hände des Klägers überging, wenn man ferner aus den Einwendungen des Bekl. erfährt, wie der Remittent ein Interesse dabei gehabt hat, den Wechsel nicht selbst einzuklagen, so lag genügender Grund zu der Annahme vor, daß die jetzt in der Urkunde enthaltene Ergänzung der M.'schen Unterschrift zum Indossament, wenn nicht von ihm eigenhändig, so doch mit seinem Wissen und Willen beigesetzt worden ist, wie denn beklagter Seits mindestens die letztere Annahme nicht einmal ausdrücklich bestritten worden ist.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 6. Oktober 1868 in Sachen Sch. c. H.

8) Der Aussteller des an die Ordre eines Dritten gezogenen Wechsels ist als solcher zur Wechselklage gegen den Acceptanten nicht legitimirt.

(Zu Art. 23, Abs. 2 der a. d. W.-O.)

Dem Aussteller (Trassanten) eines zur Zahlung an die Ordre eines Dritten (Remittenten) gezogenen

Digitized by Google

und vom Bezogenen (Trassaten) acceptirten Wechsels steht nach Art. 23 der a. d. Wechselordnung nicht ohne Weiteres ein Recht zur Wechselklage gegen den Acceptanten zu. Mit den Worten: „auch dem Aussteller haftet der Bezogene aus dem Accepte wechselmäßig" hat der Art. 23 dem Aussteller gleiches Wechselrecht gegen den Acceptanten eingeräumt, wie dies schon bisher den anderen wechselberechtigten Personen — dem Remittenten, dem Indossatar, dem den nothleidenden Wechsel einlösenden Indossanten — zugestanden worden war und in der Wechselordnung belassen worden ist, aber nicht mehr. Daraus folgt, daß der Art. 23 den Aussteller nicht allein schon deßhalb, weil er Aussteller ist, für die Wechselklage legitimirt erklären wollte, vielmehr muß der Aussteller, wie jeder andere, der einen Wechselanspruch erhebt, seine Legitimation zur Klage durch einen hinzugetretenen besonderen, hiezu geeigneten Thatumstand erworben haben. Die Richtigkeit dieser Auslegung erhellt auch aus den Motiven zu dem preußischen Entwurf S. XLIX und L, aus welchem der Abs. 2 des Art. 23 unverändert in die allg. d. Wechselordnung übergegangen ist. Denn in ihnen ist gesagt: schon bisher sei dem Trassanten die Wechselklage in einzelnen Fällen vindicirt worden, und zwar von Einigen dann, wenn nach dem Avis für Rechnung eines Dritten, von Andern, wenn an die eigene Ordre des Trassanten gezogen worden, noch von Anderen, wenn der Trassant den Wechsel durch Giro an sich gebracht habe; jetzt gehe die Ansicht der Kaufmannschaft entschieden dahin, daß dem Trassanten die Wechselklage gegen den Acceptanten allgemein, also außer den vorgedachten Fällen auch dann, wenn er den Wechsel im Wege des Regresses einlösen müsse, zuzugestehen sei. Und indem nun diese Ansicht zu rechtfertigen gesucht worden, wurde der dieselbe ausdrückende Satz in den Entwurf aufgenommen. Folglich gingen auch die Motive des Gesetzes davon aus, daß nicht schon der Akt der Ziehung des Wechsels

Digitized by Google

ohne Weiteres zur Wechselklage des Traſſanten genüge, ſondern daß daneben noch ein beſonderer, die Legitimation des Ausſtellers zur Sache begründeter Thatumſtand, wie die in den Motiven angeführten, eingetreten ſein müſſe. Damit ſtimmen auch die Rechtslehrer, ſoweit ſie ſich über die Frage ausgeſprochen haben, überein.[20]

Entſcheidung des Oberhandelsgerichtes vom 20. Auguſt 1868 in Sachen K. c. St.

9) Der gerichtlichen Klage auf Sicherſtellung hat eine außergerichtliche Aufforderung hiezu vorauszugehen, wenn der Anſpruch auf Erſatz der Prozeßkoſten begründet ſein ſoll.

(Zu Art. 25 der a. d. W.-O.)

In einer Wechſelklagſache wurde auf Sicherſtellung eines Mangels Annahme proteſtirten Wechſels geklagt, ohne daß deßfalls zuvor eine außergerichtliche Aufforderung an den Beklagten ergangen war; vor Mittheilung der Klage an den Beklagten kam die Anzeige ein, daß Sicherſtellung durch Baarzahlung erfolgt ſei. Es wurde deßhalb nur noch um Verurtheilung des Beklagten in die Prozeßkoſten gebeten. Beklagter weigerte ſich, dieſe Koſten zu bezahlen, weil eine Klageerhebung gar nicht nothwendig geweſen wäre.

Das Handelsgericht Stuttgart wies die Bitte um Verurtheilung des Beklagten in die Prozeßkoſten ab, aus folgenden Gründen:

Das Recht des Wechſelinhabers, von dem Ausſteller und den Indoſſanten Sicherſtellung wegen nicht erhaltener Annahme durch den Bezogenen zu verlangen, iſt mit dem Augenblick der Proteſtaufnahme Mangels Annahme begründet und exiſtent. Weil jedoch die Regreßpflichtigen

[20] So z. B. Liebe, Wechſelordnung, 1848, S. 108; Haimerl, Wechſelrecht, 1855, S. 112. Auch der von Borchardt, Wechſelordnung, 1865, S. 168 unter Ziff. 301 mit Berufung auf eine Reihe von gerichtlichen Entſcheidungen aufgeſtellte Satz iſt in gleicher Weiſe auszulegen.

Digitized by Google

nicht wissen können, in wessen Händen sich der Wechsel befindet und gegen welchen von ihnen der Inhaber Regreß nehmen will, so sind sie berechtigt, eine Aufforderung desselben zur Sicherstellung zu erwarten.[21] Diese Aufforderung kann der Inhaber nach seiner Wahl entweder zunächst im außergerichtlichen Wege oder sofort durch Erhebung einer gerichtlichen Klage ergehen lassen. Läßt er eine außergerichtliche Mahnung vorausgehen, und leistet der Regreßpflichtige derselben keine Folge, so hat letzterer dem Inhaber die Kosten des darauf folgenden Prozesses zu ersetzen, weil er solchen verschuldet hat. Wählt aber der Inhaber sofort den Weg der gerichtlichen Klage und erklärt sich der Beklagte sofort in der Einlassung auf die Klage zur Sicherstellung bereit, so hat der Kläger die Prozeßkosten zu tragen, weil sich alsdann die Erhebung des Prozesses als unnöthig herausstellt,[22] und das Gleiche muß noch vielmehr dann gelten, wenn der Beklagte schon vor der Mittheilung und Einlassung auf die Klage dem Anspruche des Klägers gerecht geworden ist.

Entscheidung des Handelsgerichtes Stuttgart vom 19. März 1867 in Sachen D. c. Gebr. H.

10) Bei mehreren Wechselverpflichteten, die nicht alle für die ganze Summe haften, ist die Klage auf Sicherstellung nur bezüglich des unsicher gewordenen Theiles der Wechselsumme begründet.

(Zu Art. 29 der a. d. W.-O.)

Zwei Eheleute hatten einen am 1. Novbr. 1865 auf sie gezogenen Wechsel von 1000 fl. acceptirt, die Ehefrau mit Genehmigung ihres Mannes. Letzterer starb und über seinen Nachlaß brach der Gant aus, in welchem die Wittwe einige 1000 fl. als ihr Beibringen unter Anrufung der weiblichen Freiheiten, welche ihr aber von den Mitgläubigern bestritten wurden, zurückforderte. Auf die gegen den

[21] Archiv für Wechselrecht, Bd. V, S. 340; Borchardt, Wechselordnung, S. 127.

[22] Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 413, Note 4.

Digitized by Google

Aussteller und einen Acceptanten erhobene Klage auf Sicherstellung des Betrages von 1000 fl. wurde der Anspruch auf Sicherstellung nur für die Hälfte der Wechselsumme, für welche der Ehemann haftete, als begründet, für die andere Hälfte aber für unbegründet erkannt. Die Gründe waren folgende: Ist ein Wechsel in seinem ganzen Betrage von mehreren Personen acceptirt, so kann der Inhaber von seinen Vormännern nur dann Sicherheit verlangen, wenn die Vermögensverhältnisse sämmtlicher Acceptanten in der im Art. 29, Ziff. 1 u. 2 näher bezeichneten Weise unsicher geworden sind.[23] Denn nur dann ist die — eine so tief einschneidende Verpflichtung rechtfertigende — Bescheinigung der Gefahr vorhanden, daß der Inhaber um die Verfallzeit nicht befriedigt werde. Hiefür spricht auch, daß als eine der Voraussetzungen des Regresses die aufgestellt ist, daß die Annahme des Wechsels von den etwaigen Nothadressen nicht zu erlangen sei. Es soll also der Regreß ausgeschlossen sein, wenn zu dem Bezogenen, der den Wechsel acceptirt hat, aber unsicher geworden ist, ein weiterer Acceptant hinzutritt, und das Gleiche muß dann gelten, wenn von Anfang an mehrere Acceptanten vorhanden waren, von denen nur Einer oder Einige unsicher geworden sind. Haften sodann die mehreren Acceptanten nicht für die ganze Summe, so findet der Regreß auf Sicherstellung für denjenigen Betrag statt, für welchen nur Ein unsicher gewordener Acceptant vorhanden ist. Für denjenigen Betrag dagegen, für welchen wenigstens noch Ein sicherer Acceptant vorhanden ist, ist er unstatthaft. Nun ist der Wechsel am 1. Novbr. 1865 auf den Ehemann und seine Frau gezogen und von Beiden, von der Frau mit Zustimmung ihres Mannes, acceptirt. Es haftet also der Ehemann für die ganze Summe, die Ehefrau, weil die Förmlichkeiten der Intercession nicht

[23] Archiv für Wechselrecht, Bd. IV, S. 96; Hoffmann, Erl. der a. d. Wechselordnung, S. 346.

Digitized by Google

beobachtet sind, für die Hälfte. [24] Abgesehen nun davon, daß der Ehefrau bis zur Verfallzeit des Wechsels die Disposition über ihr Vermögen wieder zustehen kann, so läßt der Art. 29 den Regreß auf Sicherstellung nur in den vier Fällen zu, wenn über das Vermögen des Acceptanten der Konkurs eröffnet worden ist, oder wenn er seine Zahlungen eingestellt hat, oder wenn nach Ausstellung des Wechsels eine Exekution in sein Vermögen fruchtlos ausgefallen, oder wenn wider ihn wegen Erfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit die Vollstreckung des Personalarrests verfügt worden ist. Keiner dieser Fälle aber liegt in Betreff der Ehefrau vor und eine analoge Ausdehnung derselben ist unstatthaft. [25]

Entscheidung des Handelsgerichtes Stuttgart vom 25. März 1866.

11) Erhebung des Sicherheitsprotestes im Falle der Konkurseröffnung gegen den Nachlaß des Wechselschuldners in dessen früherer Wohnung.

(Zu Art. 29 und 91 der a. d. W.-O.)

Von zwei Eheleuten, welche einen noch nicht verfallenen Wechsel gemeinschaftlich acceptirt hatten, starb der Ehemann, und über seinen Nachlaß brach der Gant aus, in welchem die Wittwe einige 1000 fl. als ihr Beibringen, unter Anrufung der weiblichen Freiheiten, zurückforderte. Der Inhaber des Wechsels verlangte von dem Aussteller und einem Indossanten Sicherheit auf Grund des Art. 29 der allg. deutschen Wechselordnung und da diese verweigert wurde, so ließ er dieserhalb gegen die beiden Acceptanten, und zwar gegen den verstorbenen Ehemann in dessen Wohnung mit dem Bemerken, daß er gestorben sei, Protest erheben.

Die Frage, ob der Protest gehörig aufgenommen worden sei, wurde von dem Handelsgerichte Stuttgart aus folgenden Gründen bejaht:

---

[24] Dieses Archiv, Bd. II, S. 494; Bd. III, S. 173.

[25] Dieses Archiv, Bd. VI, S. 396.

Digitized by Google

Der protestirende Beamte hat seiner Obliegenheit dadurch genügt, daß er in Gemäßheit der aus dem Wechsel ersichtlichen Bezeichnung des Acceptanten sich in dessen (vormalige) Wohnung begab, um ihn zur Sicherheitsleistung aufzufordern, und daß er die Thatsache konstatirte, daß der Ehemann gestorben sei und die Sicherheit nicht geleistet werde. Ob und wen er als Erben hinterlassen und wo dieselben wohnen, darum hatte er sich nicht zu kümmern. Noch weniger bedurfte es einer Protesterhebung gegen den Güterpfleger. Denn wenn es auch bestritten ist, ob der Protest Mangels Zahlung dann, wenn der Bezogene im Gant ist, bei ihm selbst, oder bei seinem Massekurator zu geschehen habe,[26] so ist doch unzweifelhaft, daß der Sekuritätsprotest gegen den Acceptanten selbst zu erheben ist, weil der Art. 29 der allg. deutschen Wechselordnung die Konkurseröffnung als einen der Fälle nennt, in welchen Sicherheit gefordert werden kann, hier also das Vorhandensein eines Güterpflegers voraussetzt, und doch allgemein den Acceptanten und nicht — wenigstens für den obenerwähnten Fall nicht — den Güterpfleger als denjenigen bezeichnet, gegen welchen zu protestiren sei.

Entscheidung des Handelsgerichtes Stuttgart vom 21. März 1866.

12) Der Umstand, daß ein Wechsel sich bei Untersuchungsakten als Beweisstück befindet, hindert die Wechselexekution nicht.

(Zu Art. 39 der a. d. W.-O.)

In der Wechselklagsache des M. R. gegen L. in Sch. als Acceptanten eines von E. Pf. in R. an eigene Ordre auf den Beklagten gezogenen Wechsels befand sich der Originalwechsel bei den Untersuchungsakten gegen E. Pf. Der Staatsanwalt zu T. hatte aber, noch ehe das Prozeßgericht eine Verfügung erließ, auf Ansuchen des klägerischen Anwalts dem Prozeßgericht den betreffenden Originalwechsel mit der Bitte um Rücksendung nach gemachtem

[26] Borchardt, Wechselordnung, 3. Aufl., S. 364.

Digitized by Google

Gebrauche übersendet, da die betreffende Untersuchung noch nicht erledigt sei. Am Schlusse der mündlichen Verhandlung und nachdem die Parteien zum Erkenntniß hintersetzt hatten, erklärte der Beklagte, falls er zur Bezahlung verurtheilt würde, sei er zur Zahlung bereit, übrigens nur gegen Einhändigung des quittirten Wechsels (Wechselordnung Art. 39, 40), was der Kläger insofern bestritt, als im vorliegenden Falle der Wechsel nicht sogleich, sondern erst nach Beendigung der Untersuchung ausgehändigt werden könne; daß aber der Staatsanwalt den Wechsel ja nicht als Eigenthum erhalte, und der Beklagte durch Ausfolge der Kopie und eine Quittung sicher gestellt werde, was im vorliegenden Falle die Ausfolge des quittirten Wechsels vertreten müsse.

Das Oberamtsgericht F. erkannte, daß der Beklagte, gegen Aushändigung des quittirten Originalwechsels an ihn, dem Kläger die eingeklagte Wechselsumme bei Vermeidung der wechselmäßigen Exekution zu bezahlen habe.

Nach Eröffnung des Erkenntnisses trug der klägerische Anwalt dem Oberamtsgerichte vor: Das Anerbieten der Aushändigung des quittirten Wechsels an den Beklagten habe seiten des Klägers keinen Anstand. Auch sei die Staatsanwaltschaft bereit, den Wechsel zu diesem Behufe dem Oberamtsgerichte zu übergeben, so daß nach vollzogener quittirter Uebergabe des Wechsels an den Beklagten von Amtswegen der Wechsel wieder zu Gerichtshanden genommen und der Staatsanwaltschaft zum Zwecke der Untersuchung wieder eingeschickt werden könne. Das Oberamtsgericht werde daher gebeten, an die Staatsanwaltschaft das Ersuchen zu richten, den Originalwechsel an das Oberamtsgericht zu senden, damit vor den Augen und unter der Aufsicht des Oberamtsgerichtes die Aushändigung des quittirten Originalwechsels an den Beklagten erfolgen könne. Sobald der Wechsel in den Händen des Oberamtsgerichtes sich befinde, werde gebeten, den Beklagten von

Digitized by Google

dem Anerbieten des Klägers, betreffend die Aushändigung des quittirten Originalwechsels an den Beklagten, in Kenntniß zu setzen, sofort die gesetzliche Exekution zu verfügen und den Kläger und den Beklagten zum gegenseitigen Austausch des quittirten Originalwechsels gegen den zuerkannten Baarbetrag des Wechsels auf eine geeignete Zeit zum Oberamtsgerichte vorzuladen. Das Oberamtsgericht beschloß am 9. November 1867 dieses Gesuch des Klägers abzuweisen: „in Erwägung, daß es nicht Sache des Gerichtes sei, die Aushändigung des quittirten Originalwechsels an den Beklagten zu besorgen." — Am 5. Dezbr. 1867 erklärte der klägerische Anwalt dem Oberamtsgerichte, der Kläger sei in Folge der Zusicherung des Staatsanwalts in der Lage, dem Beklagten die Aushändigung des quittirten Originalwechsels gegen dessen Baarzahlung anzubieten. Es werde daher gebeten, dem Beklagten hievon Eröffnung zu machen und sofort, falls sich Beklagter nicht binnen drei Tagen über die Bezahlung auszuweisen vermöge, die Exekution gegen den Beklagten in dessen parateste Mittel zu vollziehen. — Am 14. Dezember 1867 beschloß das Oberamtsgericht: „unter Hinweisung auf den am 9. Novbr. gefaßten Beschluß und unter weiterer Hinweisung auf Art. 91 der Wechselordnung" auf dem Beschlusse vom 9. Novbr. zu beharren und das wiederholte Gesuch des klägerischen Anwalts ebenfalls abzuweisen. Gegen diese Verfügung hat der klägerische Anwalt am 30. Dez. 1867 Beschwerde beim Oberhandelsgerichte eingereicht.

Das Oberhandelsgericht führte hierüber Folgendes aus: Nach den vorliegenden Erklärungen des Staatsanwalts kann als unzweifelhaft angenommen werden, daß der eingeklagte Wechsel zu den Akten einer, eine dritte Person betreffenden, Kriminaluntersuchung als Beweisstück gebracht worden ist: daß er also von der Untersuchungsbehörde dem Berechtigten (hier einem Vormann des Klägers) abgefordert wurde, ohne hiedurch das Recht des Inhabers

Digitized by Google

alteriren zu wollen. In einem solchen Falle [27] bleibt derjenige, der den Wechsel an die Kriminalbehörde abgeben mußte, trotzdem in seinem Rechte unbeeinträchtigt, und wenn auch die Wechselklage durch den Besitz des Wechsels bedingt ist, [28] so ist dieß keineswegs so zu verstehen, daß der Kläger unter allen Umständen auch die freie Detention an demselben haben müsse, um klagen zu können, [29] vielmehr bleibt der juristische Besitz des Wechselberechtigten an dem Wechsel auch dann bestehen, wenn derselbe in Verwahrung des Kriminalgerichtes als Beweisstück sich befindet, und die Wechselklage kann durchgeführt werden, wenn der Wechsel, wie ja hier der Fall war, zur Wechselverhandlung beigeschafft werden kann. [30] Kann aber der Wechselberechtigte unter diesen Umständen ein verurtheilendes Erkenntniß gegen den Wechselschuldner erwirken, so muß er auch den Vollzug des Erkenntnisses erwirken können. In dieser Beziehung ist zu bemerken: In der Mehrzahl der Wechselprozesse kommt der Originalwechsel zu den Prozeßakten, und wenn man den Art. 39 der Wechselordnung, wie man muß, auch auf den Fall der gerichtlichen Verurtheilung des Wechselbeklagten anwendet, so ist im Falle der Durchführung der Wechselexekution eine Thätigkeit des Gerichtes in der Richtung, daß der zahlende Beklagte in den Besitz des Wechsels gelange, erforderlich. Nach der strengen Thesis des Obertribunals [31] war dieß um so mehr der Fall, als die Ausfolge des Wechsels an den Wechselberechtigten, sobald ein Urtheil ergangen war, nicht unbedingt mehr stattfand. Das erkennende Gericht ist jedenfalls

---

[27] Borchardt, Wechselordnung, 4. Aufl., S. 101, Note 131; Wechselarchiv Bd. VI, S. 99.

[28] Seuffert, Archiv Bd. XIX, Nr. 263; Civilprozeßordnung Art. 854, Abs. 2, Art. 858.

[29] Die neue Justizgesetzgebung Bd. II, Abth. 2, S. 438.

[30] Vergl. auch Nro. 15 dieser Mittheilungen.

[31] Dieses Archiv Bd. II, S. 524, Nro. 115.

Digitized by Google

zu Einleitung und Vollstreckung des Wechselerkenntnisses verpflichtet. Es hat daher den Wechselbetrag von dem Beklagten beizutreiben und dem Berechtigten zuzustellen, ohne daß der Letztere, der ja die Exekution nicht privatim vollstrecken kann, verpflichtet wäre, nochmals, wie dieß in den Fällen des Art. 91 der Wechselordnung vorgeschrieben ist, sich an den Beklagten in dessen Wohnort und Geschäftslokal zu wenden. Der Art. 91 der Wechselordnung ist gar nicht anwendbar auf Fälle der Exekution eines Wechselerkenntnisses. Ist aber das Wechselgericht verpflichtet auf das Exekutionsgesuch des Berechtigten die Urtheilssumme von dem Beklagten beizutreiben, so ist es auch — jedenfalls auf Antrag des zahlenden Beklagten — verpflichtet, dem Beklagten den Wechsel mit des Klägers Quittung versehen auszufolgen, wenn sich dieser Wechsel, wie in der Regel, bei den Prozeßakten befindet. Das Wechselgericht kann daher, wenn es zur Wechselexekution kommt, die Zahlung einerseits, die Ausfolge des quittirten Wechsels andererseits nicht der Privatthätigkeit und Willkühr der Parteien überlassen, und seine Thätigkeit verweigern. Noch viel weniger ist das Gericht zu solcher Weigerung befugt, wenn durch gerichtliche Verfügung der Wechsel der Detention des Berechtigten entzogen und dessen Beischaffung ohne Mitwirkung des Gerichtes nicht thunlich ist. Es fragt sich aber, ob der Kläger verlangen kann, daß der Beklagte gegen Abquittirung des Betrages auf dem Wechsel zahle, obgleich das Kriminalgericht den Wechsel für jetzt noch nicht ausliefert. Diese Frage ist zu bejahen. Das Recht auf den Wechsel erleidet keine Modifikation dadurch, daß der Kriminalrichter denselben bei den Untersuchungsakten als Beweisstück aufbewahrt. Da derselbe bereit ist, denselben an das Oberamtsgericht behufs der Abquittirung abzugeben, so wird der Zahlende durch seine Zahlung und die Abquittirung des Klägers rechtlicher Besitzer des Wechsels; der Gläubiger gibt Besitz und Recht auf den Wechsel auf, und die Beschlagnahme dieser Urkunde

findet von diesem Moment an nicht mehr gegenüber von dem Wechselkläger', sondern gegenüber von dem Wechselbeklagten statt. Dieß muß sich der Letztere gefallen lassen, wie es seither beim Ersteren der Fall war.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 14. Januar 1868 in Sachen R. c. L.

13) Feststellung der Verfallzeit eines domizilirten Sichtwechsels.

(Zu Art. 24, 31, 43, 88, Ziff. 3 und Art. 91 der a. d. W.-O.)

In der Wechselklagsache des W. St. in L. gegen J. B. König von G. lautete der eingeklagte Wechsel in der Form, wie er dem Gerichte vorgelegt wurde, folgendermaßen:

L. den 22. Juli 1867 p. 200 fl. Vereinsgeld.

Bei Sicht zahlen Sie gegen diesen Prima-Wechsel an die Ordre meiner Eigen die Summe von zweihundert Gulden den Werth einverstanden und stellen ihn auf Rechnung ohne Bericht.

Herrn B. König, Gastgeber zum Engel in G., zahlbar in Ulm.

S. O.
Angenommen
L. den 22. Juli 1862.
B. König.

Auf der Rückseite befand sich folgendes Indossament:

Für mich an die Ordre des Herrn W. St. hier. Werth in Rechnung.

L. den 9. August 1867.

S. O.

Der Indossatar klagte den Betrag des Wechsels erstmals am 13. August 1867 bei dem Oberamtsgerichte W. gegen den Acceptanten ein; nahm aber, nachdem der Beklagte seine Vernehmlassung abgegeben hatte, seine Klage zurück, ließ am 2. Septbr. 1867 in Ulm, wo der Beklagte nicht aufzufinden war, einen Abwesenheitsprotest Mangels

Digitized by Google

Zahlung [32] erheben und erhob am 4. Septbr. 1867 von Neuem gegen den Acceptanten Klage auf Bezahlung der Wechselsumme von 200 fl. nebst Zinsen vom 3. Septbr. 1867 an und $^1/_3$ Proc. Provision.

Das Oberamtsgericht W. wies die erhobene Klage ab. Das Oberhandelsgericht aber änderte in der Berufungsinstanz das unterrichterliche Urtheil ab und verurtheilte den Beklagten zu Bezahlung der Wechselsumme von 200 fl. nebst Zinsen und Provision. In den Entscheidungsgründen wurde zunächst ausgeführt:

Da es sich nach der eigenen Aufstellung der klägerischen Partei von einem Domizilwechsel handle, so habe die Präsentation zur Zahlung, welche auch bei einem Sichtwechsel keinenfalls mit der Präsentation zur Annahme identisch sei, [33] an dem Orte, wohin der Wechsel domizilirt sei, erfolgen müssen (allg. deutsche W.-O. Art. 43, 91) und weder durch die Präsentation zur Annahme in L., noch durch die Vorzeigung vor dem Oberamtsgerichte W., sei eine rechtsgiltige Präsentation zur Zahlung, wovon die Fälligkeit des Sichtwechsels abhänge, bewirkt worden. Wohl aber sei, wurde weiter ausgeführt, durch die vom 2. Septbr. 1867 erfolgte Protesterhebung der Wechsel sofort fällig geworden. Letzteres wurde dahin begründet: „Nach Art. 24 der allg. deutschen Wechselordnung wird in dem Falle, wenn in einem Domicilwechsel nicht bemerkt ist, durch wen die Zahlung am Zahlungsorte erfolgen solle, angenommen, daß der Bezogene selbst die Zahlung am Zahlungsorte leisten wolle. Nach Art. 43 der allg. deutschen Wechselordnung sind domicilirte Wechsel, wenn ein Domiciliat nicht benannt ist, dem Bezogenen selbst an dem Orte, wohin der Wechsel domicilirt ist, zur Zahlung zu präsentiren, und wenn die Zahlung unterbleibt, dort

[32] Ueber den sog. Windprotest oder Perquisitionsprotest vergl. dieses Archiv Bd. V, S. 69, 70, Note 32.

[33] Thöl, Wechselrecht, 2. Aufl., S. 144, 145; Wächter, Wechsellehre S. 343, 453.

Digitized by Google

zu protestiren. *) Die Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung auch auf einen bei Sicht gestellten Wechsel, der nach Art. 31 der Wechselordnung bei der Vorzeigung fällig ist, kann keinem gegründeten Bedenken unterliegen. Durch die Acceptirung eines auf Sicht gestellten und mit einem Domicilvermerk ohne Benennung eines Domiciliaten versehenen Wechsels verpflichtet sich der Acceptant, an dem genannten Domicil zu zahlen, sobald der Wechselinhaber ihm dort den Wechsel zur Zahlung präsentirt. Versäumt der Acceptant, die zu Erfüllung der übernommenen Verpflichtung erforderliche Vorkehrung zu treffen, so ist er hiefür wechselrechtlich haftbar und der Wechselinhaber kann, wenn Ersterer am Zahlungsorte nicht aufzufinden ist, durch Aufnahme eines Abwesenheitsprotestes (Wechselordnung Art. 88, Ziff. 3, Art. 91) die Erfolglosigkeit der Präsentation zur Zahlung konstatiren lassen. Diese durch Art. 43 der Wechselordnung vorgeschriebene Protesterhebung **) ist am 2. Septbr. d. J. vorgenommen worden, und hiemit nachgewiesen, daß der Wechselinhaber zur rechten Zeit und am rechten Orte Zahlung von dem Wechselschuldner zu erlangen ohne Erfolg versucht hat. Dieser Protest vertritt hienach die Präsentation zur Zahlung an den Trassaten

---

*) Ueber die Auslegung dieser Gesetzesbestimmung vergl. jedoch dieses Archiv Bd. V, S. 59 ff. (K.)

**) Aus dem Art. 43 der allg. deutschen W.-O. läßt sich in dem obigen Falle die Nothwendigkeit einer Protesterhebung nicht folgern, da hier letztere zur Erhaltung des Anspruchs gegen den Acceptanten nur für den Fall vorgeschrieben ist, wenn eine dritte Person als Domiziliat benannt ist — vergl. dieses Archiv Bd. V, S. 59 ff., sowie die Entscheidung des Obertribunals vom 10. Juli 1855 in diesem Archiv Bd. II, S. 515, Nr. 80 und in Seufferts Archiv Bd. IX, Nro. 329 —, während in vorliegendem Falle ein Wechsel ohne benannten Domiziliaten vorliegt. Der Protest war in vorliegendem Falle lediglich zum Zwecke des Beweises der Fälligkeit des Wechsels, welche von der gehörigen Präsentation des Wechsels zur Zahlung abhängig war, erforderlich. Vergl. auch dieses Archiv Bd. V, S. 253 ff., insbes. lit. c. (K.)

Digitized by Google

selbst, und es ist durch denselben zugleich die Verfallzeit des Sichtwechsels und damit die Verbindlichkeit des Acceptanten zur Zahlung von Zinsen von diesem Verfalltage an festgestellt."

Der Beklagte hatte weiter eingewendet, er bestreite, einen Wechsel acceptirt zu haben, welcher „zahlbar in Ulm" ausgestellt sei. Diese Einwendung, sagen die Entscheidungsgründe, hat nicht die rechtliche Bedeutung einer Diffession des Wechsels, da sich die Diffession nur auf die Namensunterschrift des Wechselverpflichteten in der Wechselurkunde, nicht aber auch auf den übrigen Inhalt des Wechsels, erstreckt [34] und der Beklagte seine Unterschrift in dem Wechselaccept als ächt anerkannt hat. Vielmehr ist hierin nur die Behauptung zu finden, daß der Wechsel nach der Acceptation desselben durch den Beklagten eine wesentliche Veränderung seines Inhalts durch Beisatz des Domicilvermerks „zahlbar in U." erlitten habe. Diese Einwendung, welche, als aus dem Wechselrecht selbst hervorgehend, an sich gegenüber von jedem Inhaber statthaft ist, wird nicht erwiesen durch die Beschaffenheit der Wechselurkunde selbst, deren Text, so wie derselbe jetzt vorliegt, an sich ganz unverdächtig erscheint. Wenn auch die Worte: „zahlbar in Ulm" etwas anders geschrieben sind, als der übrige Text des Wechsels, so folgt daraus noch keineswegs, daß dieselben erst *nach* dem Accept des Beklagten beigesetzt wurden.

Auch aus der Thatsache, daß in der früheren Klage vom 13. August 1867 und in den Akten jenes früheren Rechtsstreits dieser Domicilvermerk nirgends erwähnt ist, folgt nicht, daß die Worte, „zahlbar in Ulm," damals noch nicht auf dem Wechsel standen, da dieselben für die damalige Klagebegründung ganz unwesentlich waren.

Im Uebrigen liegt der Beweis einer nachträglichen Abänderung des Inhalts eines Wechsels dem Wechsel-

---

[34] Thöl, Wechselrecht S. 659, Note 8.

Digitized by Google

schuldner ob, der eine solche behauptet,[35] und beklagterseits ist kein Beweis für diese Einwendung angetreten worden."

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 17. Dezember 1867 in Sachen St. c. K.

14) Klagerecht des Wechselbürgen, der den Wechsel eingelöst und solchen hat auf sich indossiren lassen.[36]

(Zu Art. 49, 81 u. 98 der a. d. W.-O.)

Unter dem 30. Mai 1868 wurde ein eigener Wechsel folgenden Inhalts:

Ulm, den 30. Mai 1868. — 3 Monate dato zahle ich gegen diesen meinen Sola-Wechsel an die Ordre des Spar- und Kreditvereins in Ulm die Summe von 2000 fl. — Werth erhalten ꝛc.

von Wilhelm K. und Conrad K. und als Bürge von Fr. H. unterzeichnet.

Auf der Rückseite des Wechsels findet sich folgendes Giro:

Für uns an die Ordre Herrn Fr. H. ohne Obligo. Werth empfangen.

Ulm, den 28. Aug. 1868.

Spar- und Kreditverein.

Am 1. Juli 1868 ließ der Indossatar Fr. H. gegen die Aussteller Protest Mangels Zahlung erheben und am 4. desselben Monats erhob er Wechselklage gegen den Aussteller Conrad K. bei dem Handelsgerichte Ulm.

Von dem Beklagten wurde eingewendet, daß der Kläger nicht bloß Indossatar und dermaliger Wechselinhaber, sondern auch in Folge seiner Unterschrift als Wechselbürge

---

[35] Thöl, Wechselrecht §. 309, Note 8; dieses Archiv Bd. IX, S. 373; Archiv für Wechselrecht Bd. VI, S. 263 ff., Bd. X, S. 212, Bd. XII, S. 200; Borchardt, Wechselordnung, 4. Aufl., S. 205, Zus. 369.

[36] Vergl. dieses Archiv, Bd. II, S. 498, Nr. 15; Seuffert, Archiv, Bd. X, S. 103.

Digitized by Google

Korrealschuldner gleich den Ausstellern sei und daß durch das Zusammentreffen der Eigenschaft eines Wechsel-Gläubigers und eines Wechselschuldners in der Person des Klägers die Wechselschuld auch der übrigen Verpflichteten erloschen sei, weßhalb durch das Indossament an den Kläger auch keine Wechselrechte gegen seine Mitschuldner auf ihn haben übergehen können. — Diese Einwendung wurde jedoch nicht für gegründet erachtet und von dem Oberhandelsgericht dießfalls ausgeführt: Durch das von dem Remittenten des eingeklagten Wechsels auf den Kläger erfolgte Giro sind auf den Letzteren alle Rechte aus dem Wechsel übergegangen. Unstreitig gehörte zu den dem Spar- und Kreditverein in Ulm aus dem Wechsel zustehenden Berechtigungen auch die, den im Wechsel als Bürge mitunterzeichneten Kläger auf Erfüllung der Wechselverbindlichkeit in ihrem ganzen Umfang zu belangen, ohne daß eine Vorausklage der vor dem Kläger unterzeichneten Wechselaussteller voranzugehen gehabt hätte (a. d. W.-O., Art. 81 u. 98, Z. 10). Allein mit dieser Befugniß des Wechselinhabers waren beim Vorhandensein mehrerer gleichmäßig aus dem Wechsel Verpflichteter die Rechtszuständigkeiten des Indossanten nicht erschöpft, vielmehr standen demselben die gleichen Forderungsrechte wie gegen den Kläger auch gegen den Beklagten und den dritten Wechselaussteller zu und war es seiner Wahl anheimgegeben, an welchen von den mehreren Verpflichteten er sich halten wollte (Art. 81 u. Art. 49 der a. d. W.-O.). Ob der Kläger durch seine eigene Betheiligung bei der Wechselschuld gehindert war, nach Erwerb des Wechsels ein Klagerecht gegen andere Mitschuldner aus dem Wechsel auszuüben, welches unzweifelhaft seinem Vorgänger im Besitze des Wechsels zustand, wäre auch dann nicht unzweifelhaft, wenn man mit dem Anwalt des Beklagten in der Verbindlichkeit der Wechselverpflichteten ein Korrealitätsverhältniß im Sinne des Civilrechts sehen wollte —

Digitized by Google

l. 71 pr. D. de fidej. et mandator. (46,1)[37] — es dürfen jedoch die civilrechtlichen Grundsätze über Korrealschulden auf die im Art. 81 der a. d. Wechselordnung aufgezählten verschiedenen Wechselverpflichteten überhaupt nicht angewendet werden. Wenn nämlich auch deren Verbindlichkeiten in ihren Wirkungen gegenüber dem Wechselinhaber einer Korrealschuld gleichkommen, so besteht unter denselben ein wesentlicher Unterschied in den Voraussetzungen, je nachdem es sich um direkte oder Regreßverbindlichkeiten aus dem Wechsel handelt. Insbesondere aber leidet der Grundsatz von der Befreiung der sämmtlichen correi durch das Erlöschen der Verbindlichkeit des einen derselben auf die in Art. 81 benannten Wechselverpflichteten keine Anwendung, weil nach wechselrechtlichen Bestimmungen die Wechselverpflichtung der Vormänner des einlösenden Indossanten fortbesteht und nur die Person des Gläubigers wechselt. Deßgleichen sind die Fälle, in welchen das Civilrecht ein Erlöschen der Schuld durch Konfusion annimmt, im Wechselrecht wesentlich beschränkt durch die Bestimmung des Art. 10 der a. d. Wechselordnung, wonach ein Wechsel an den Aussteller, Bezogenen, Acceptanten giltig indossirt werden kann. Hienach war der Remittent des eingeklagten Wechsels durch die Mitverbindlichkeit des Klägers aus demselben im Allgemeinen gesetzlich nicht gehindert, den Wechsel auf den Kläger zu giriren und ebensowenig dieser daraus gegen den Aussteller Wechselklage zu erheben. Gründe, welche der Klage mit Wirkung entgegengehalten werden könnten, ergeben sich auch nicht aus den Umständen des Falles. Es wird namentlich nicht behauptet, daß der Kläger abgesehen von der Bestimmung des Art. 81 der a. d. Wechselordnung aus dem der Wechselausstellung zu Grunde gelegenen Rechtsgeschäfte für die ganze oder einen Theil der Wechselsumme als Hauptschuldner haftbar gewesen sei. Im Gegentheil kann der von ihm der Wechselunterschrift

[37] Siebenhaar, Korrealobligationen §. 11 u. 12.

gemachte Beisatz „als Bürge" Angesichts der Bestimmungen des Art. 81 keine andere Bedeutung haben, als die, daß dadurch die accessorische Natur seiner Mitverbindlichkeit gegen seine Mitunterzeichner gewahrt werde. Zudem hat der Beklagte selbst eingeräumt, daß der Wechsel für ein von ihm aufgenommenes Darlehen gegeben und daß sowohl der Kläger als der Mitaussteller K. mit ihren Unterschriften bloß eine Intercession für ihn einzugehen beabsichtigt haben. Es kann demnach dem Kläger nicht eingewendet werden, daß er, was seinen bösen Glauben bekunden würde, eine Forderung eingeklagt habe, für welche er selbst dem Beklagten regreßpflichtig wäre.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 10. November 1868 in Sachen K. c. H.

15) Klage gegen einen Wechselbürgen auf Grund eines auf eine Wechsel-Abschrift gesetzten Original-Indossaments, wenn das Gericht die Herausgabe des bei früheren Akten liegenden Original-Wechsels verweigert.

(Zu Art. 70—72 der a. d. W.-O.)

Am 15. Juni 1864 ließ sich Kaufmann E. in E. für ein von ihm hingegebenes Darlehen von 125 fl. nachstehenden Wechsel ausstellen:

N. den 15. Juni 1864.

Sechs Monate nach heute zahle ich gegen diesen meinen Sola-Wechsel an Herr C. C. E. die Summe von 125 fl. Den Werth habe ich empfangen und leiste bei Empfang richtige Zahlung.

A.

Als Bürgen und Selbstzähler für vorstehende 125 fl. sammt Zinsen machen sich hiemit solidarisch verbindlich

H. den 15. Juni 1864.

J. H.
G. H.

Digitized by Google

Beim Verfall des Wechsels zahlte A. 63 fl.; mit dem Reste von 62 fl. wies er E. an den Bürgen H. mit der Bemerkung, daß diesen die restlichen 62 fl. angehen. Am 17. März 1865 klagte E. gegen G. H. aus der Wechselbürgschaft auf Bezahlung dieser restlichen 62 fl. bei dem Oberamtsgericht A. unter Vorlegung des Originalwechsels. — Das Oberamtsgericht erließ Ladung. Noch vor der Tagfahrt aber zeigte E. an, daß H. die 62 fl. gegen eine Cession an ihn abgeführt habe, daher er seine Klage zurücknehme. Der Originalwechsel blieb bei den oberamtsgerichtlichen Akten liegen.

Am 28. Dez. 1865 erhob H. bei dem Oberamtsgericht Aalen Klage gegen den Wechselaussteller A., indem er vorbrachte, er habe mit demselben einen Waldstraßenbau gemeinschaftlich übernommen; bei der Endabrechnung mit A. habe er angenommen, daß dieser die von ihnen gemeinschaftlich aufgenommenen 100 fl. bei Kaufmann E. in E. bezahlt habe. Allein nachher sei das ihm selbst überlassen geblieben, wofür sich auf folgende Quittung des E. berufen wurde: „Hiemit trete ich die bei G. A. in N. gegen einen Wechsel noch guthabenden 62 fl. sammt 6% Zinsen vom 15. Dez. 1864 sammt allen Rechten an G. H. in N. ab und bescheinige, den Betrag durch Verrechnung empfangen zu haben. E., den 27. März 1865. C. C. E." Bei der sofort eingeleiteten ersten mündlichen Verhandlung vor dem Oberamtsgericht am 8 März 1866 erklärte jedoch H., daß er die Klage so, wie sie angestellt sei, wieder zurücknehme und sich vorbehalte, durch einen Rechtsverständigen eine neue Klage anstellen zu lassen. Die Cessionsurkunde blieb bei den Gerichtsakten liegen.

Am 27. Septbr. 1867 bat der inzwischen von H. bevollmächtigte Rechtskonsulent R. in A. um Herausgabe des Originalwechsels an Ersteren. Das Oberamtsgericht lehnte dieses Gesuch mit dem Bemerken ab, daß der Wechsel bei der Verhandlung eingesehen werden könne. Rechtskonsulent R. ließ auf dieses hin eine Abschrift des Wechsels

Digitized by Google

fertigen und demselben folgendes Original-Indossament beifügen:

„Bis hieher Abschrift. Für die auf diesen Wechsel restirenden 62 fl. für mich an die Ordre des G. H. den Werth verrechnet. E., den 19. Okt. 1867. C. C. E."

Auf Grund dieses Indossaments erhob nunmehr H. Wechselklage gegen den Wechselaussteller A. auf Bezahlung von 62 fl. nebst Zinsen. Bei der mündlichen Verhandlung über diese Klage wurde von dem Oberamtsgericht aus den früheren Akten der Originalwechsel und die Cessionsurkunde beigebracht, die, wie auch das Indossament, als ächt anerkannt wurden. Der Beklagte brachte bloß die materielle Einwendung vor, daß Kläger mit den 62 fl. seine eigene Schuld an E. bezahlt habe, daher er Nichts vom Beklagten verlangen könne. Kläger habe in Folge getroffener Abrede mit dem Beklagten und dem zweiten Bürgen H. das Geld gemeinschaftlich bei E. entlehnt und davon sofort 50 fl. empfangen. — Mit den bezahlten 62 fl. habe Kläger also zum mindesten bis zum Betrage von 50 fl. eine eigene Schuld bezahlt und es wurde demgemäß eventuell um Freisprechung wenigstens bis zu diesem Betrage gebeten.

Das Oberhandelsgericht erkannte den Beklagten schuldig, 12 fl. zu bezahlen, von den weiteren 50 fl. sprach es denselben auf Grund der als bewiesen angenommenen Einrede frei, daß in Wirklichkeit die 125 fl. von dem Beklagten und dem Kläger in Folge einer Verabredung, ein gemeinschaftliches Anlehen in der nachher ausgeführten Form eines Wechsels sich zu verschaffen, bei Kaufmann E. aufgenommen worden seien und Kläger hievon sofort seinen Antheil mit 50 fl. in Empfang genommen habe, weil Kläger bis zum Belaufe von 50 fl. mit der Valuta, wofür der Wechsel auf ihn indossirt worden sei, eine eigene Schuld getilgt habe, mithin durch die Verurtheilung des Beklagten zu Bezahlung dieses Betrages bereichert wäre. Im Uebrigen wurde ausgeführt:

Digitized by Google

Der Kläger hat Klage aus dem unter dem 19. Okt. 1867 auf ihn indossirten Sola-Wechsel des Beklagten erhoben. Das Indossament befindet sich zwar nur auf einer Abschrift des Originalwechsels. Allein die Bestimmungen der a. d. Wechselordnung über Wechselabschriften beziehen sich auch auf eigene Wechsel (Art. 98, Z. 8 der a. d. Wechselordnung), und nachdem in Folge der Klageerhebung aus dem auf die Wechsel-Abschrift gesetzten Indossamente das Oberamtsgericht A. den Originalwechsel aus den Akten beigebracht, mithin herausgegeben hat, wie derselbe von dem Kläger schon auf Grund der früher produzirten Cessionsurkunde hätte herausverlangt werden können, da in beiden Urkunden die Ermächtigung desselben, die Herausgabe des Originalwechsels zu verlangen, gelegen war,[38] so ist der in einem Falle wie der vorliegende allerdings wohl selten vorkommende Zweck der Ausstellung einer Wechsel-Abschrift[39] auch hier erreicht und steht, nachdem Originalwechsel und Indossament vom Beklagten als ächt anerkannt worden sind, der Wechselklage in dieser Beziehung kein Hinderniß im Wege. Im Uebrigen war der Wechsel auch als eigener Wechsel indossirbar,[40] er konnte auch nach Verfall, wie geschehen,[41] und trotz der erfolgten Theilzahlung noch indossirt werden.[42] Endlich war nach Art. 100 der a. d. Wechselordnung die Klage gegen den Aussteller des Wechsels nicht verjährt. Der Umstand, daß die Cessionsurkunde und der Originalwechsel bei den Gerichtsakten lagen, kann hieran nichts ändern, sofern der Berechtigte durch die Produktion dieser Urkunden bei Gericht nicht

---

[38] Volkmar und Löwy, Wechselrecht, S. 248 ff.; Hoffmann, Wechselrecht, S. 530, insbes. S. 534.

[39] Art. 72, Abs. 1 der a. d. Wechselordnung; Bluntschli, Wechselordnung, S. 41, 114; Renaud, Wechselordnung, S. 138.

[40] Art. 98, Ziff. 2 der a. d. Wechselordnung.

[41] Volkmar und Löwy a. a. O. S. 81; Brauer, Wechselordnung, S. 52.

[42] Wächter, Wechsellehre, S. 253.

Digitized by Google

aufgehört hat, juristischer Besitzer derselben zu sein, das Gericht vielmehr diese Urkunden nur Namens des wirklich Berechtigten detinirt hat, der bezüglich der rechtlichen Disposition darüber nicht gehindert war.[13]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 28. Januar 1868 in Sachen H. c. A.

16) Korrekturen und Rasuren auf Wechseln sind nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen.

(Zu Art. 75 u. 76 der a. d. W.-O.)

Zwei Eheleute hatten einen am 1. Novbr. 1865 auf sie gezogenen Wechsel von 1000 fl. zahlbar am 1. Novbr. 1866 acceptirt, die bezogene Ehefrau mit Genehmigung ihres Mannes. Der Wechsel wurde, versehen mit den Indossamenten des Ausstellers und einiger anderer Personen, dem unmittelbaren Vormann des Klägers angeboten; da dieser aber Anstand nahm, einen so langsichtigen Wechsel zu erwerben, so strich der Aussteller den Verfalltag aus und schrieb einen kürzeren Verfalltag über den alten, vernichtete aber, auf das Unzulässige dieses Verfahrens aufmerksam gemacht, sogleich diese Korrektur wieder und zwar bis zur Unleserlichkeit und stellte den alten Wortlaut durch Beisetzen von Punkten unter die zwar durchstrichenen, daneben aber vollständig lesbar gebliebenen Worte: erster November 1866 wieder her. In diesem Zustande kam der Wechsel durch weiteres Giro an den jetzigen Kläger.

Das Handelsgericht Stuttgart sprach sich dahin aus, daß die Giltigkeit des Wechsels nicht zu beanstanden sei. Er enthält so, wurde in den Gründen gesagt, wie er mit der Klage vorgelegt worden ist, als Verfallzeit den 1. November 1866. Daß das Wort „November" die Rasur eines Durchstrichs und eine Unterzeichnung mit Punkten enthält, daß sich ferner über demselben eine ausgelöschte

[13] Vergl. auch Nr. 12 dieser Mittheilungen.

Korrektur befindet, schadet nichts. Die a. d. Wechselordnung enthält im Art. 75 u. 76 nur Bestimmungen über die Fälschung und Verfälschung der Unterschriften auf Wechseln, der Accepte und Indossamente. Der Einfluß der übrigen Fälschungen und Verfälschungen, d. h. Veränderungen an dem Inhalte eines Wechsels, ist nicht etwa aus der besonderen Natur desselben, sondern lediglich nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen. Es erhellt dies aus den Motiven zu dem preußischen Entwurfe der Wechselordnung,[44] gegen welche in der Leipziger Konferenz von keiner Seite Einwendungen erhoben wurden. Nach den Grundsätzen des Civilrechts aber, welche hiernach auch auf den Wechsel anzuwenden sind,[45] wird die Beweiskraft einer Urkunde durch Rasuren, Korrekturen, Durchstriche nicht schlechthin aufgehoben, sondern es hängt von den Umständen, unter welchen solche vorgenommen wurden, ab, ob und in wie weit ihre Beweiskraft hiedurch geschwächt wird. Im vorliegenden Falle aber entspricht der jetzige Zustand des Wechsels mit der ausgelöschten Korrektur und der wiederhergestellten ursprünglichen Verfallzeit dem Willen sämmtlicher im Wechselverband stehenden Personen. Es kann deßhalb ein Einwand gegen die Beweiskraft, beziehungsweise Giltigkeit des Wechsels hieraus nicht entnommen werden.

Entscheidung des Handelsgerichtes Stuttgart vom 21. März 1866.

17) Der Wechselschuldner ist nicht verpflichtet, dem Wechselgläubiger die Wechselsumme zu übersenden oder zu überbringen; Folge für die Verbindlichkeit zur Zinszahlung.

(Zu Art. 91 der a. d. W.-O.)

Auf eine erhobene Wechselklage hatte der Beklagte seine Verbindlichkeit zu Bezahlung des Wechselbetrages anerkannt,

---

[44] Leipziger Konferenz-Protokolle, S. LXXI.

[45] Borchardt, die a. d. Wechselordnung, 3. Aufl., S. 227; Archiv für Wechselrecht, Bd. IX, S. 74, 195, Bd. XIV, S. 85, 191.

Digitized by Google

dagegen die Forderung der Zinsen und Kosten bestritten, und zwar aus dem Grunde, weil er wenige Tage vor dem Verfall des Wechsels dem Reisenden der Kläger gesagt habe, das Geld liege parat, weil aber dann Niemand gekommen sei, das Geld abzuholen, was er verlangen könne. Ebendarum habe er eine schriftliche Aufforderung, dem Anwalte der Kläger das Geld zu überbringen, unbeachtet gelassen, weil er nicht genöthigt werden könne, denselben das Geld nachzutragen.

Klägerischer Seits wurde des Beklagten Vorbringen nicht in Abrede gezogen, aber entgegnet, Aufforderung zur Zahlung genüge. Präsentation des Wechsels sei nicht nöthig. Habe Beklagter nicht bezahlt, so sei er im Verzuge, jedenfalls vom Tage der Zustellung der Klage an gerechnet. — Die Kosten habe Beklagter jedenfalls auf sich zu leiden, weil er nicht bezahlt habe.

Das Handelsgericht Stuttgart sprach aus, daß es bei dem Anerkenntniß des Beklagten, die Wechsel-Valuta bezahlen zu wollen, sein Bewenden habe, daß dagegen die Kläger mit ihrer Zinsenforderung abzuweisen seien und auch sämmtliche Prozeßkosten allein zu bezahlen haben. Die Gründe waren folgende:

Es ist zwar richtig, daß es nach Art. 44 der a. d. Wechselordnung zur Erhaltung des Wechselrechtes gegen den Acceptanten der Präsentation des Wechsels am Zahlungstage nicht bedarf,[46] daß also dem Wechselkläger wegen unterlassener Präsentation die Einrede der zu früh angebrachten Klage nicht entgegengehalten werden kann. Eine andere Frage ist aber die, ob, wenn nicht präsentirt worden ist, Verzugszinse und Prozeßkosten ersetzt verlangt werden können. Und diese Frage ist zu verneinen. Nach Art. 91 der a. d. Wechselordnung hat die Präsentation zur Zahlung im Geschäftslokale, oder in der Wohnung des Acceptanten zu geschehen. Dieser ist somit, ohne sich dem

[46] Vergl. dieses Archiv, Bd. II, S. 514, Nro. 79.

Digitized by Google

Vorwurfe des Verzuges auszusetzen, berechtigt, das Abholen des Geldes und die Ueberbringung des Wechsels abzuwarten. Er braucht das Geld dem Gläubiger nicht nachzutragen und eben darum auch eine schriftliche Aufforderung, es zu überbringen, nicht zu beachten.[47] Die Deposition des Betrages nach Art. 40 der a. d. Wechselordnung ist nur ein Recht, keine Pflicht des Schuldners. Hieraus folgt, daß, so lange keine Präsentation des Wechsels in der Wohnung oder dem Geschäftslokale des Schuldners erfolgte, derselbe auch nicht im Verzuge sich befindet, mithin auch keine Verzugszinsen — und dieß sind die vom Wechselschuldner zu bezahlenden Zinse stets — von ihm verlangt werden können. Weiter folgt daraus, daß kein Grund zur Klagerhebung vorliegt, so lange nicht Kläger durch ordnungsmäßiges Zahlungsverlangen sich von der Weigerung des Beklagten, zu bezahlen, überzeugt hat und endlich, daß auch die Zustellung der Klage den Beklagten nicht in Verzug versetzt, weil auch hierin nicht diejenige Art der Zahlungsanforderung liegt, die Beklagter abzuwarten berechtigt ist.

Entscheidung des Handelsgerichtes Stuttgart vom 23. Novbr. 1866 in Sachen L. u. H. c. H.

18) Ein eigener Wechsel wird nicht ungiltig, wenn der Unterschrift des Ausstellers das Wort „angenommen" beigefügt ist.

(Zu Art. 96 der a. d. W.-O.)

Ein eingeklagter eigener Wechsel lautete:

Gut für 250 fl.

Ich zahle gegen diesen Sola-Wechsel am 23. April 1868 an die Ordre des Joseph H. in B. die Summe von 250 fl. — Den Werth erhalten.

Stuttgart, den 1. Mai 1867.

Angenommen: Ludwig K. von T.

[47] Borchardt, Wechselordnung. Zus. 630, 631, S. 422, 423; Volkmar u. Löwy, Wechselrecht, S. 161.

Digitized by Google

Dieser Wechsel, dessen Giltigkeit aus formellen Gründen angefochten war, wurde von dem Oberhandelsgericht für giltig erkannt, aus folgenden Gründen:

Der vorgelegte Originalwechsel entspricht allen gesetzlichen Erfordernissen eines eigenen Wechsels (Art. 96, Ziff. 1—6 der allg. deutschen Wechselordnung). Die einzige auf demselben sich findende Abnormität besteht darin, daß vor der Unterschrift des Ausstellers das Wort „angenommen" steht. Allein dieses von der Form der Tratte hergenommene, bei einem eigenen Wechsel allerdings überflüssige Wort ist nicht geeignet, Zweifel daran, daß der Beklagte durch seine Unterschrift sich habe wechselmäßig verpflichten wollen, entstehen zu lassen. Soweit geht aber die formelle Natur des Wechsels nicht, um die Rechtsgiltigkeit eines solchen von dem Gebrauche eines nicht gewöhnlichen, oder zwar überflüssigen aber nicht sinnentstellenden Wortes abhängig zu machen. [48]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 23. Juni 1868 in Sachen K. c. H.

19) Die Zusage, auf sich abgeben zu lassen, enthält von selbst schon die Zusage, die abzugebende Tratte zu acceptiren.

In einer Kommissionsnote war bei den Zahlungsbedingungen gesagt: „Ziel sechs Monate, nämlich Abgabe nach drei Monaten vom Tage der Faktura an gerechnet." Der Klage auf Acceptirung der auf den Beklagten gezogenen Tratte setzte der Letztere die Einwendung entgegen, daß er zwar die Abgabe, aber nicht die Acceptirung der Abgabe zugesagt hätte. Diese Einwendung wurde als unbegründet verworfen, in Erwägung, daß in der Zusage, auf sich abgeben zu lassen, nach kaufmännischem Sprachgebrauch von selbst schon die Zusage gelegen sei, die ab-

[48] Vgl. Borchardt, Wechselordnung S. 451; Archiv für Wechselrecht, Bd. VIII, S. 438; Seuffert, Archiv ꝛc. Bd. XI, S. 272, 273; dieses Archiv Bd. V, S. 249, Nro. 4.

Digitized by Google

gegebene Tratte auch zu acceptiren, weil nur eine acceptirte Tratte für den Traſſanten Werth und Bedeutung habe, da erſt durch das Accept die Tratte ein umſetzbares, den rechtzeitigen, raſch realiſirbaren Eingang ſicherndes Werthpapier werde. [49]

Entſcheidung des Handelsgerichtes Stuttgart vom 12.—13. Oktober 1866.

20) Einrede der Kompenſation gegen eine Wechſelforderung; Zuſammentreffen mehrerer zur Kompenſation geeigneter Forderungen in derſelben Perſon; Eideszuſchiebung.

In der Wechſelklagſache des W. A. in St. gegen den Reſtaurateur M. daſelbſt hat der Beklagte der Forderung aus dem als ächt anerkannten Wechſel vom 14. Mai 1866 über 200 fl., zahlbar am 1. Sept. deſſelben Jahres, bis zur Summe von 120 fl. die Einrede der Kompenſation entgegengehalten, indem er behauptete, am Tage der Ausſtellung des Wechſels dem Kläger zwei Rimeſſen auf Sch. in G. von je 60 fl., zahlbar pro 1. Juni und 1. Juli 1866, überlaſſen zu haben, die er bei dem Kläger A. habe diskomptiren wollen, die auch in Wirklichkeit auf Verfall eingegangen ſeien, die aber, weil ihm nicht, wie verſprochen, die Valuta nach dem Eingang ausbezahlt worden ſei, an ſeiner Wechſelſchuld von 200 fl. abgerechnet werden müſſen. Der Kläger gab zwar zu, dieſe zwei Rimeſſen empfangen zu haben, und auch, daß ſolche eingegangen und nicht an den Beklagten abgeliefert worden ſeien, allein er behauptet, daß die Ueberlaſſung ſchon früher, als am Tage der Acceptation des neuen Wechſels, geſchehen ſei, zu einer Zeit, als Kläger noch keine andere Forderung gegen den Beklagten als ſeine früher in deſſen Gant durchgefallene größere Forderung gehabt habe, zu deren Tilgung die beiden Rimeſſen hingegeben worden ſeien. Unter allen Umſtänden müſſe aber, auch wenn es nicht ausdrücklich

[49] Goldſchmid, Zeitſchrift für Handelsrecht Bd. V, S. 266.

Digitized by Google

zugesagt worden wäre, diese Zahlung an der in dem Gante des Beklagten durchgefallenen Forderung als der älteren abgezogen werden.

Das Handelsgericht Stuttgart führte Folgendes aus:

Die vorgeschützte Kompensationseinrede ist begründet, sobald der Beklagte beweist, daß die von ihm dem Kläger überlassenen zwei Rimessen von je 60 fl. nicht ausdrücklich zur Ausgleichung der älteren — im Gante des Beklagten durchgefallenen Forderung des Klägers hingegeben oder überlassen worden sind. Ist dieß nicht der Fall, so ist der Beklagte berechtigt, diesen Betrag an seiner neuen Wechselschuld abzuziehen, mag die Hingabe der zwei Rimessen vor oder nach Ausstellung des Wechsels vom 14. Mai 1866 und mag sie ausdrücklich im Hinblick auf die neue Schuld, oder aber in der ausgesprochenen Absicht, die 120 fl. nach Eingang herausbezahlt zu bekommen, oder endlich ohne alle besondere Bemerkung erfolgt sein. Nach der richtigen Auslegung des Gesetzes tritt die Kompensation nicht von selbst, sondern erst in Folge einer übereinstimmenden Willenserklärung, einer Handlung, ein, also nicht eher, als bis die Erklärung, kompensiren zu wollen, abgegeben und angenommen worden ist, dann aber allerdings mit der Wirkung, daß nun die Kompensation rückwärts als zur Zeit der Entstehung der zu kompensirenden Gegenforderung vollzogen angesehen wird. [50] Hieraus folgt für den vorliegenden Fall, daß, wenn auch die Ueberlassung der zwei Rimessen an den Kläger zu einer Zeit vor sich gieng, wo dem Kläger noch keine andere Forderung an den Beklagten zustund, als die alte im früheren Gante durchgefallene Forderung für Waaren aus dem Jahre 1864, doch, abgesehen davon, ob eine kompensable Forderung des Beklagten überhaupt schon

[50] l. 14, §. 1, Cod. de compens. (4, 31); Schweppe, röm. Recht Bd. III, S. 183; Unterholzner, Schuldverh. Bd. I, S. 552, §. 255, 256; Holzschuher, Theorie ꝛc. Bd. II, Abth. 2, S. 345; dieses Archiv Bd. XI, S. 12, 13.

Digitized by Google

mit Hingabe der beiden Rimessen und nicht erst mit deren Eingang entstanden ist, diese beiden Forderungen sich nicht gegenseitig von selbst aufhoben, sondern neben einander bestehen blieben, so lange sie nicht durch einen Kompensationsakt erloschen. Eine Erklärung, kompensiren zu wollen, ist nun zuerst von Seiten des Klägers und zwar am 12. Juli 1866 mit Uebergabe der Rechnung erfolgt, wo Kläger die inzwischen eingegangenen 120 fl. an eben dieser alten Waarenforderung aus dem Jahr 1864 abgerechnet hat. Allein damals bestund schon die neue Wechselforderung des Klägers von 200 fl. und war darum ein Widerspruch des Beklagten gegen die von dem Kläger beliebte Art der Abrechnung möglich. Die Frage, wie abzurechnen sei, ist, nachdem solche durch den von dem Beklagten erhobenen Widerspruch streitig geworden, vom Gerichte zu entscheiden und zwar, da das zu Gebot stehende Tilgungsmittel der Zahlung gleichzustellen ist,[51] nach den bekannten für Zahlungen in derartigen Streitfällen geltenden Grundsätzen. Bei Anwendung dieser Grundsätze kann es aber nicht zweifelhaft sein, daß die Abrechnung zunächst auf die lästigere, wenn auch jüngere Schuld zu erfolgen hat.[52] Lästiger, drückender ist aber zweifellos die Wechselschuld, gegenüber einer, wenn auch älteren Waarenschuld, zumal wenn letztere im dazwischenliegenden Gante des Beklagten durchgefallen ist, derselben also die Einrede der Kompetenz entgegengehalten werden kann.[53] Letzteres ist zwar bestritten, weil der Beklagte seine Insolvenz selbst verschuldet habe, ihm also die Kompetenzeinrede nicht zur

---

[51] l. 44, D. de solut. (46, 3); l. 76, D. de verbor. sign. (50, 16); Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 374.

[52] l. 1, l. 3, l. 44 D. de solut. (46, 3); Sintenis, Civilrecht Bd. II, S. 395—403; Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 351—353; dieses Archiv Bd. IX, S. 145 f.

[53] Mühlenbruch, Pand. Bd. II, §. 470.

Digitized by Google

Seite stehe. Allein einer Entscheidung dieser Frage bedarf es nicht, weil für den Richter bei seiner Entscheidung der Gesichtspunkt maßgebend ist, daß er sich für die Tilgung desjenigen Postens auszusprechen habe, von dem anzunehmen sei, daß ihn der Schuldner selbst vor dem andern bezahlt haben würde. Bei Entscheidung der vorliegenden Frage genügt es mithin, wenn nur der Beklagte, wenn auch schließlich ohne Grund der Ansicht sein konnte, daß ihm die Einrede zustehe, und daß dieß der Fall war, ist aus seiner Berufung auf dieselbe in diesem Rechtsstreite zu entnehmen.

Den Eingangs erwähnten Beweis, daß der Beklagte der von dem Kläger angesprochenen Abrechnung der 120 fl. auf die alte Schuld nicht zugestimmt habe, hat aber der Beklagte zu führen, weil er es ist, der im vorliegenden Prozesse die Einrede der Kompensation geltend macht, er also auch zu beweisen hat, daß ihm eine kompensable Forderung zusteht. Letzteres ist aber nur dann der Fall, wenn die Forderung nicht schon früher durch übereinstimmende Erklärung beider Kontrahenten abgerechnet war, was nicht der Kläger zu beweisen hat, weil dessen Behauptung, daß es geschehen sei, nur eine Verneinung der beklagter Seits vorgeschützten Einrede enthält. Diesen Beweis hat Beklagter durch Eideszuschiebung angetreten und hat den ihm vom Kläger zurückgeschobenen Eid anzunehmen erklärt. Das benützte Beweismittel ist nach §. 13, Kap. VI der württ. Wechselgerichtsordnung von 1759 hier zulässig, *) es war also auf den dem Beklagten aufzuerlegenden Eid zu erkennen:

Entscheidung des Handelsgerichts Stuttgart vom $\frac{\text{26. Septbr.}}{\text{1. Oktbr.}}$ 1866 in Sachen A. c. M.

---

*) Nach der von dem Obertribunal festgehaltenen, übrigens nicht unangefochten gebliebenen, Auslegung der bezüglichen Stellen der württ. Wechselgerichtsordnung von 1759 (Kap. VI, §§. 13 u. 21) war im Wechselverfahren, abgesehen von dem unbedingt zuge-

Digitized by Google

21) Die Uebergabe des Betrages eines eingeklagten Wechsels an die Exekutionsbehörde befreit den Schuldner nicht von seiner Verbindlichkeit, wenn die übergebene Summe abhanden kommt, ehe sie in die Hände des Gläubigers gelangt.

Der Bitte um Exekution eines Wechselerkenntnisses setzte der verurtheilte Beklagte die Einwendung entgegen, daß er die Wechselsumme bereits der Exekutionsbehörde (dem Schultheißenamt) zur Ausfolge an den Wechselkläger zugestellt habe. Der Kläger behauptete, Nichts empfangen zu haben, und es stellte sich heraus, daß das Geld, welches der Schultheiß auf dem Rathhaus in Verwahrung gehabt hatte, mittelst Einbruchs entwendet worden war. Auf erneute Klage verurtheilte das Handelsgericht Stuttgart den Beklagten zu nochmaliger Bezahlung der Summe aus folgenden Gründen:

Das Handelsgericht geht in Uebereinstimmung mit Entscheidungen anderer Gerichte des Landes davon aus, daß wenn man auch unterstellt, es habe der Beklagte die streitige Summe dem Schultheißenamt B. zu dem Zwecke übergeben, um die eingeklagte Wechselforderung damit zu tilgen, doch der Kläger in so lange nicht bezahlt und der Beklagte nicht liberirt ist, als nicht das Geld in die Hände des Gläubigers gelangt ist. Die dem Gerichte vorgetragene Bitte, Exekution zu verfügen, die Anrufung der richterlichen Thätigkeit, läßt sich unter den Gesichtspunkt eines Mandates nicht bringen. Die Gerichte sind weder die Bevollmächtigten der einen noch der andern Partei. Sie leiten ihre Vollmacht von der Staatsgewalt her und

---

lassenen Diffessionseid der Beweis durch Eideszuschiebung auf die Einreden der Zahlung und der Kompensation beschränkt. Dieses Archiv Bd. II, S. 521, Bd. V, S. 289 ff. Nach Art. 859 der Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 wird aber bezüglich aller an sich zulässigen Einreden, Repliken und Dupliken der Beweis durch Eideszuschiebung zugelassen. Vergl. auch: Neue Justizgesetzgebung Bd. II, Abth. 3, S. 239; Abth. 2, S. 439. (K.)

Digitized by Google

sind deren Organe zu Handhabung der Rechtsordnung. Die Störung der Rechtsordnung, die durch Anrufung der Exekutionsbehörde gehoben werden soll, besteht aber in einer nicht erfüllten Verbindlichkeit des Schuldners und da diese Störung früher nicht gehoben ist, als bis die wirkliche Befriedigung des Gläubigers erfolgte, so ergibt sich daraus, daß die Exekutionsbehörde, deren Thätigkeit durch die Schuld des Schuldners hervorgerufen wird, in dessen Namen und auf dessen Gefahr handelt, indem sie thut, was dem Letzteren selbst zu thun obläge, d. h. die Befriedigung des Gläubigers einleitet und vermittelt. Daraus folgt, daß wenn diese Vermittlung in Folge der Pfändung zu einer Besitzergreifung der Exekutionsobjekte durch die Exekutionsbehörde führt, diese Behörde die betreffenden Objekte, beziehungsweise die Geldstücke, nicht Namens des Gläubigers, sondern Namens des Schuldners besitzt und daß dessen Eigenthum vor der wirklichen Ausfolge nicht an den Gläubiger übergeht, daß mithin auch die Gefahr des Untergangs oder der Veruntreuung der Exekutionsmittel von Seiten der Exekutionsbehörde den Schuldner und nicht den Gläubiger trifft. Die Bestimmung des Art. 49 des Gesetzes vom 21. Mai 1828 spricht nicht für, sondern gegen den Beklagten. Eben weil nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Schuldner durch Bezahlung an einen Dritten, wozu auch die Behörde selbst, oder Derjenige, an den sie dem Schuldner zu bezahlen befiehlt, gehört, nicht liberirt wird, hat der Gesetzgeber es für nothwendig erachtet, in Art. 129 des Pfandgesetzes beziehungsweise Art. 49 des Pfandentwicklungsgesetzes festzusetzen, unter welchen Umständen diese Befreiung des Schuldners von seiner Schuld durch Bezahlung an einen Dritten als erfolgt anzunehmen sei. Der Schuldner selbst aber, der nicht, wie sein Schuldner durch einen Befehl der Obrigkeit gehindert ist, an seinen Gläubiger zu bezahlen, dem vielmehr freisteht und sogar obliegt, durch unmittelbare Befriedigung seines Gläubigers der Thätigkeit der Exeku-

Digitized by Google

tionsbehörde ein Ende zu machen, wird anders nicht, als durch die wirkliche Ausfolge des an die Exekutionsbehörde übergebenen Geldes an den Gläubiger selbst und nicht schon durch die Zurhandnahme dieses Befriedigungsmittels von Seiten der Exekutionsbehörde von seiner Schuld befreit.

Entscheidung des Handelsgerichtes Stuttgart vom 12. Dezbr. 1866.

22) Zahlung einer Waarenschuld durch Ueberlassung einer Rimesse; Schadensersatzforderung, wenn durch unterlassene Protesterhebung der Wechselregreß verloren gegangen ist.

Der Kaufmann L. R. in U. war dem Handlungshause St. u. Komp. in H. für Waaren, welche er mit Faktura vom 27. Sept. 1867 empfangen hatte, die Summe von 752 fl. 35 kr. schuldig geworden. Mit Schreiben vom 4. Januar 1868 übermachte der Schuldner L. R. „zur Ausgleichung dieser Faktura" an St. u. Komp. neben baaren 416 fl. 55 kr. einen von W. u. Komp. in M. unter dem 13. Okt. 1867 tro. 10. Jan. 1868 an eigene Ordre auf Frau M. Sch. in L. gezogenen, mit 6 Giros, zuletzt auf L. R., versehenen und von diesem am 2. Jan. auf St. u. Komp. indossirten, übrigens noch des Acceptes der Trassatin ermangelnden Wechsel über 335 fl. 30 kr., dessen Empfang St. u. Komp. mit Schreiben vom 7. Jan. 1868 mit dem Bemerken bescheinten, daß sie sich der 335 fl. 30 kr. pr. 10 errts. p. L. p. Saldo unter üblichem Vorbehalt bei der Rimesse bedienen. Bei dem kurzen Nebenplatz L. können sie keine Verbindlichkeit für rechtzeitige Präsentation und Protestirung übernehmen, haben jedoch den Appoint bereits weiter begeben und hoffen, daß es bei solchem keinen Anstand geben werde.

Der Wechsel war schon am Tage zuvor (6. Jan.) von den St. und Komp. auf F. Sch. und Komp. in A. (Werth in Rechnung), und von diesen weiter an L. K. u. Komp. in L. girirt worden. Am 11. Jan. 1868 wurde

Digitized by Google

derselbe im Auftrage des letzten Indossatars durch den Wechselnotar L. in L. der Bezogenen zur Annahme präsentirt und von derselben die Erklärung abgegeben, daß sie den Wechsel nicht annehme. Präsentation und die nicht erfolgte Annahme wurden durch rechtsförmlichen Protest festgehalten, und es kam sofort der Wechsel mit Protesturkunde an die St. u. Komp. zurück, welche solchen unter der Aufforderung zu anderweitiger Deckung der Wechselsumme und zu Bezahlung der Protestkosten dem L. R. übersandten. Dieser weigerte sich jedoch mit Schreiben vom 18. Januar der Wiederannahme des Wechsels, weil der Protest Mangels Annahme statt Mangels Zahlung ausgefertigt und daher nicht in Ordnung sei.

St. u. Komp. erhoben daher gegen L. R. gerichtliche Klage, mit welcher sie die Summe von 335 fl. 30 kr. als noch unbezahlten Rest ihrer unbestrittenen Waarenforderung verlangten, während der Beklagte L. R. behauptete, daß auch dieser Rest durch Uebergabe des Wechsels getilgt sei, und wenn je die ursprüngliche Forderung der Kläger als noch bestehend angenommen werden könnte, derselben eine Schadensersatzforderung des Beklagten in gleichem Betrage entgegen stünde, darauf begründet, daß dem Beklagten durch Schuld der Kläger oder ihrer Nachmänner der bei Nichtzahlung des Wechsels ihm zustehende Wechselregreß gegen seine Vormänner verloren gegangen sei.

Von den Klägern wurde unter Bezugnahme auf ihr Schreiben vom 7. Januar widersprochen, daß sie den Wechsel als Zahlung angenommen haben, im Uebrigen suchte der klägerische Anwalt die Einwendungen des Beklagten aus Rechtsgründen als nicht begründet darzustellen und glaubte, daß die Frage, ob dem Beklagten aus dem unterlassenen Protest ein Entschädigungsanspruch wider die Kläger zustehe, in diesem Rechtsstreite nicht zur Entscheidung kommen könne.

Das Oberhandelsgericht Stuttgart wies die Kläger mit ihrer Klage ab aus folgenden Gründen:

Digitized by Google

1) Die Uebergabe eines Wechsels behufs der Deckung einer Schuldverbindlichkeit ist, wie das K. Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen hat, [54] der Zahlung nur dann gleichzuachten, wenn die Absicht der Betheiligten, eine Novation in ihrem Vertragsverhältnisse eintreten zu lassen, klar ausgesprochen ist oder aus den Umständen sich ergibt. Wenn man nun auch mit der neueren handelsrechtlichen Literatur [55] und der Gerichtspraxis [56] als Regel annimmt, daß die Uebergabe eines Wechsels für eine Waarenschuld im kaufmännischen Verkehre nach der Absicht der Kontrahenten eine Tilgung der letzteren mit sich bringen soll, so kann diese Vermuthung doch da keine Anwendung finden, wo aus den thatsächlichen Verhältnissen das Gegentheil sich ergibt. Dieß ist bei dem zwischen dem Beklagten und den Klägern im Jan. d. J. stattgehabten Rechtsgeschäfte der Fall. Zwar enthält das Schreiben des Beklagten vom 4. Jan. ein Zahlungsanerbieten durch den angeschlossenen Wechsel, es fehlte aber an der Annahme desselben durch die Kläger. Denn gegen eine Annahme an Zahlungsstatt haben die Kläger durch den Beisatz ihrer Empfangsanzeige sich verwahrt, daß der Wechsel unter üblichem Vorbehalt bei der Rimesse dem Beklagten gutgebracht sei. Dieser Vorbehalt will nicht, wie dieß beklagter Seits behauptet wird, etwas ohnedieß gesetzlich Feststehendes, nämlich den wechselrechtlichen Rückgriff des Indossatars gegen seine Vormänner bei Nichthonorirung des Wechsels wahren, derselbe bezieht sich vielmehr auf den Eingang des Wechselbetrages und will sagen, daß die Saldirung zu Gunsten des Zahlungspflichtigen unter der Bedingung der Realisirung des Wechsels gebucht

---

[54] Vergl. dieses Archiv Bd. XI, S. 150 ff.; Seuffert, Archiv Bd. XXI, Nr. 118.

[55] Vgl. Endemann, Handelsrecht §. 125; Günther im Archiv für Wechselrecht Bd. IV, S. 129.

[56] Seuffert, Archiv Bd. VIII, S. 399; dieses Archiv Bd. III, S. 402; Malß, Gutachten der Frankfurter Handelskammer 1854, S. 28.

Digitized by Google

worden sei, wie solches früher durch die Worte E. vorb. (Eingang vorbehalten) ausgedrückt zu werden pflegte. Hienach ist nicht begründet, wenn der Beklagte seine Waarenschuld schon mit der Hingabe des Wechsels als erloschen annimmt.

2) Dagegen wäre die Tilgung der Verbindlichkeit des Beklagten mit dem Augenblicke eingetreten, in welchem die Kläger den in dem Wechsel liegenden Geldwerth realisirt hätten. Dieß konnte gesetzlich nicht allein durch Einzug der Wechselsumme von dem Bezogenen, sondern auch durch Weiterbegebung des Wechsels geschehen. Wäre letztere gegen baar Geld geschehen, so könnte überhaupt darüber kein Zweifel entstehen, daß mit dessen Empfang die Bedingung, unter welcher der Wechsel als Zahlung angenommen wurde, eingetreten und die Verbindlichkeit des Beklagten erloschen gewesen wäre. Von einem Wiederaufleben derselben hätte in diesem Falle auch bei rücklaufendem Wechsel nicht die Rede sein können, vielmehr wäre dann den Klägern nur noch der wechselrechtliche Rückgriff offen gestanden. Nach den gleichen Grundsätzen müßte die Frage von der Tilgung der Schuld des Beklagten auch dann beurtheilt werden, wenn der seinem Indossamente gemachte Zusatz: „Werth in Rechnung" im Zusammenhalt mit der Thatsache der Weiterbegebung des Wechsels durch seinen Indossatar dahin aufgefaßt würde, daß die Kläger das Eigenthum des Wechsels an diesen übertragen, durch Belastung ihres Nachmanns den Wechselbetrag lukrirt und Letzterer das betreffende Guthaben der Kläger anerkannt hätte. Da dem Indossament der Kläger auf Fr. Sch. u. Komp. ein beschränkender Zusatz nicht gemacht worden ist, so spricht nach Art. 10 und 17 der allg. deutschen Wechselordnung die Vermuthung für diese Auffassung des Verhältnisses zwischen den genannten Betheiligten.

3) Wollte man aber zu Gunsten der Kläger auch noch die Möglichkeit in Erwägung ziehen, daß die Begebung des Wechsels durch die Kläger an Fr. Sch. u.

Digitized by Google

Komp. und von diesem an K. ungeachtet des mangelnden Beisatzes: „zum Inkasso“ oder „in procura“ nur einen Auftrag zum Einzug des Wechselbetrages enthalten sollte, so wären zwar die Kläger noch als Eigenthümer des Wechsels anzusehen und eine Zahlung der Schuld des Beklagten durch Realisirung der Wechselsumme nicht erfolgt, die klägerische Forderung aber dennoch unbegründet. Niemand kann — abgesehen von dießfallsigen besonderen Verabredungen — gezwungen werden, für eine aus einem Handelsgeschäft erwachsene Forderung statt baaren Geldes Wechsel anzunehmen; geschieht dieß aber dennoch, wenn auch, wie durch die Beklagten, noch nicht an Zahlungsstatt, so übernimmt damit der Forderungsberechtigte nach den bei der Zahlungsanweisung geltenden gesetzlichen Bestimmungen von demjenigen, welcher dieses Zahlungsmittel ihm zur Hand stellt, den Auftrag, den durch den Wechsel und die gesetzlichen Vorschriften über das Wechselrecht ihm angewiesenen Weg zum Einzug des Wechselbetrages zu verfolgen und hiebei mit größtem Fleiße zu Werke zu gehen. [57] Dieser Obliegenheit des Wechselempfängers ist aber nicht Genüge geschehen durch die Vorzeigung des Wechsels an den Bezogenen behufs der Annahme, vielmehr wird eine Präsentation mit Zahlungsaufforderung zur Verfallzeit wesentlich erfordert und macht das Gesetz davon, daß dieselbe ergehe und durch Protest festgehalten werde, das Bestehen der Verbindlichkeit sämmtlicher wechselmäßig Verpflichteten mit Ausnahme des Acceptanten abhängig. Daß die Kläger dieser ihnen aus der Annahme des Wechsels entspringenden Pflicht wohl bewußt waren, ergibt sich daraus, daß sie für nöthig hielten, für den Fall, daß ihnen in der kurzen Frist bis zum Verfall des nach einem Nebenplatze gezogenen Wechsels die Beibringung rechtzeitigen Protestes nicht gelingen sollte, gegen etwaige Verantwort-

[57] cst. 11, Cod. mandati (4, 35); Sintenis, Civilrecht Bd. II, §. 113, S. 582; Thöl, Handelsrecht Bd. I, §. 119, 124.

lichkeit hieraus sich zu verwahren. Die Kläger oder ihre Beauftragten sind aber ihrer Verbindlichkeit nicht nachgekommen, indem sie zwar noch rechtzeitig aber nur Mangels Annahme, was hier überflüssig war (vergl. allg. deutsche Wechselordnung Art. 20), Protest erheben ließen, den Protest Mangels Zahlung aber versäumten. Aus dieser Unterlassung erwuchs für die Inhaber des Wechsels der Nachtheil, daß ihnen der Wechselregreß gegen ihre Vormänner verloren ging (allg. d. Wechselordnung Art. 41), daß also, da die Bezogene noch nicht aus einem Accept haftete, aus dem Papiere ein wechselrechtlicher Anspruch überhaupt nicht mehr verfolgt werden kann. Aber auch im Verhältniß zwischen dem Beklagten und den Klägern mußte die Entwerthung des Wechsels von wesentlichen Folgen sein. Der Beklagte hat den Klägern in dem Wechsel einen, wenn auch nicht gegen die Bezogene, so doch gegen jeden beliebigen von den ihnen voranstehenden 5 Giranten oder den Trassanten vom 11. Januar d. J. an nach Wechselrecht realisirbaren Werth von 335 fl. 30 kr. zur Hand gestellt. Verlangen nun die Kläger statt dieses an sich geeigneten Zahlungsmittels ein anderes, so sind sie zunächst jenes dem Beklagten zurückzustellen schuldig; hiezu aber sind sie nicht mehr im Stande, weil das ihnen zugestellte Zahlungsmittel mittlerweile zu einem werthlosen Stück Papier geworden ist. Den Verlust seines Forderungsrechtes hätte aber der Beklagte nur in dem Falle zu leiden, wenn derselbe ein zufälliger wäre, während, wie gezeigt worden ist, die Entwerthung des Wechsels auf einer schuldhaften Versäumniß beruht. Ob die begangene Nachlässigkeit in mangelhaftem Auftrage der Kläger oder in einem Uebersehen der Beauftragten ihren Grund hatte, oder ob letzterenfalls die Kläger in der Auswahl ihrer Mandatare den erforderlichen Fleiß angewendet haben, ist gleichgiltig, da das Wechselrecht bei seinen Bestimmungen über die Unstatthaftigkeit des Wechselregresses bei unterbliebenem Protest zwischen entschuldbarer und nicht

Digitized by Google

entschuldbarer Versäumniß nicht unterscheidet und da das Thun und Unterlassen der Nachmänner der Kläger, wenn man in diesen noch die Wechseleigenthümer sieht, von denselben gleich eigenen Handlungen zu vertreten ist.

Hienach sind die Kläger, auch wenn man ihre Forderung nicht als durch Zahlung erloschen annehmen wollte, doch nicht mehr befugt, Baarzahlung von dem Beklagten zu verlangen, da dieser durch sie um den angewiesenen Wechselbetrag beschädigt wurde.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 13. Oktober 1868 in Sachen R. c. St. u. Komp.

---

2) Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Kübel.)

A. Civilrecht.

1) Ablösbarkeit der Schafübertriebsrechte; Begriff der letzteren.

Das Schäfereigesetz vom 9. April 1828 bestimmt in Art. 6:

„Alle Schafweideberechtigungen auf fremder Markung „(Uebertriebsrechte) können von dem Gesammteigenthümer „der dienenden Markung, und, wenn es eine Gemeinde„markung ist, von der Gemeinde (durch den Gemeinderath „unter Zustimmung des Bürgerausschusses) nach vorgän„giger dreijähriger Aufkündigung gegen volle Entschädigung „abgelöst werden."

„Ein Weiderecht, das den eigenen, zur dienenden „Markung gehörigen Gütern des Weideberechtigten zusteht, „ist nicht als Uebertrieb zu betrachten und mithin der Ab„lösung nicht unterworfen."

Digitized by Google

Hienach kann darüber kein Zweifel bestehen, daß alle Uebertriebsrechte, aber auch nur diese der Ablösung unterworfen sind, da die für ablösbar erklärten Schafweideberechtigungen auf fremder Markung ausdrücklich als Uebertriebsrechte bezeichnet werden und fraglich kann nur sein, welchen Begriff das Gesetz mit dem Ausdruck „Uebertriebsrechte" verbunden hat.

Daß nur Schafweideberechtigungen auf fremder Markung, welche somit auswärtigen Gemeinden oder Gutsbesitzern zustehen, hieher gehören, sagen schon die Worte des Gesetzes und der zweite Absatz des Artikels bestimmt dies noch näher, sofern hienach auch das einem Auswärtigen zustehende Weiderecht dann nicht als Uebertrieb zu betrachten ist, wenn das Weiderecht Gütern, welche zur dienenden Markung gehören, zusteht und diese Güter im Eigenthum des auswärtigen Weideberechtigten sich befinden. Es wird in diesem Falle die Schafweideberechtigung nicht als eine Berechtigung auf fremder Markung betrachtet, weil hier das Recht auf Gütern derselben Markung haftet und die herrschenden und dienenden Güter somit derselben Markung angehören. Dem entsprechend hatte auch die Kammer der Abgeordneten, welcher der fragliche Passus die Aufnahme in das Gesetz verdankt, solchen dahin zu fassen beantragt: „fremd ist für denjenigen die Markung nicht, welcher auf derselben ein Gut besitzt, dem das Schafweiderecht zusteht," indem dabei bemerkt wurde, daß hiemit nur eine nähere Bezeichnung gegeben werden solle, welche Markungen für fremd zu achten seien, oder nicht, und die nachherige Abänderung ist ausdrücklich nur als eine Aenderung der Fassung bezeichnet worden. [1] In Uebereinstimmung hiemit bemerkt Reyscher, [2] daß Weiderechte, welche aktiv auf einem Gute innerhalb der Markung haften,

[1] Verh. der Kammer der Abg. von 1828 Heft V, S. 1152, 1153, Heft VI, S. 1372, 1477, 1574, 1616.

[2] Württ. Privatrecht Bd. II, §. 299.

Digitized by Google

(nach Art. 6, Abs. 2) der Ablösung nicht unterworfen seien, und Weishaar,[3] daß nur diejenigen Weiderechte ablösbar seien, welche dem Berechtigten auf fremden Markungen zustehen, in welchen sie selbst kein solches Grundeigenthum besitzen, für welches die Weidedienstbarkeit ursprünglich begründet worden. Zu weit geht jedoch die anderer Seits aufgestellte Behauptung, daß ein Weiderecht des Eigenthümers auf seinem eigenen Grund und Boden unter den Begriff eines Uebertriebsrechtes nicht fallen könne und von dem Art. 6 des Schäfereigesetzes nicht berührt werde. Hievon ist in dem Art. 6 überall keine Rede; es wird nicht unterschieden, ob die weidepflichtigen Grundstücke der dienenden Markung sich ganz oder theilweise im Eigenthum des Weideberechtigten oder Dritter befinden; entscheidend ist, daß es sich um eine Weideberechtigung auf den Gütern einer fremden Markung handelt, und der Abs. 2 des Art. 6 handelt lediglich von dem Falle, wenn diejenigen Güter, welchen das Weiderecht zusteht, in derselben Markung, wie die mit der Weidedienstbarkeit belasteten Güter, sich befinden und im Eigenthum eines auswärtigen Berechtigten sind. Nur in diesem Falle, wenn also der Berechtigte Eigenthümer des in derselben Markung mit den dienenden Gütern befindlichen herrschenden Gutes ist, ist nach Abs. 2, Art. 6 der Begriff einer Weideberechtigung auf fremder Markung und damit eines Uebertriebsrechtes ausgeschlossen und die Berechtigung daher auch der Ablösung nicht unterworfen. Ist dagegen der auswärtige Weideberechtigte Eigenthümer eines Theils der weidepflichtigen Grundstücke der dienenden Markung, so schließt dies den Begriff eines Uebertriebsrechtes keineswegs aus, wie dies auch bei der Berathung des Gesetzes in der Kammer der Abg. ausdrücklich anerkannt worden ist.[4]

---

[3] Württ. Privatrecht Bd. II, §. 543.

[4] Verh. der Kammer der Abg. von 1828 Heft VI, S. 1348, 1349, 1354, 1355.

Digitized by Google

Es wird zwar eingewendet, daß, wenn dem auf der dienenden Markung begüterten auswärtigen Weideberechtigten seine Berechtigung abgelöst werde, derselbe aus einem Berechtigten zu einem Belasteten gemacht würde, da nun die ablösende Gemeinde auf den Gütern des bisherigen Berechtigten weideberechtigt würde. Allein diese mögliche Folge ist bei der Berathung des Gesetzes ausdrücklich ins Auge gefaßt und anerkannt, dem ungeachtet aber die Ablösbarkeit des Weiderechtes auch für solche Fälle ausgesprochen worden. [5]

Kann aber nach dem Gesetze ein gegründeter Zweifel nicht bestehen, daß nur Schafweideberechtigungen auf fremder Markung unter den Begriff von Uebertriebsrechten fallen, und ist durch vorstehende Ausführung der Begriff einer fremden Markung näher bestimmt und festgestellt, daß eine Schafweideberechtigung, welche aktiv auf Gütern derselben Markung ruht, der die mit der Weidedienstbarkeit belasteten Güter angehören, keine Berechtigung auf fremder Markung im Sinne des Gesetzes ist, so bleibt immer noch die weitere Frage zu beantworten, ob denn jede Schafweideberechtigung auf fremder Markung im Sinne des Gesetzes als Uebertriebsrecht zu betrachten und somit der Ablösung unterworfen ist. Dies ist aber ungeachtet der anscheinend hiefür sprechenden Worte des Gesetzes zu verneinen.

Sieht man vorerst von der betreffenden Bestimmung des Schäfereigesetzes ab, und faßt man den Begriff des Uebertriebsrechtes ins Auge, wie sich solcher bis dahin festgestellt hatte, so findet man als charakteristisches Unterscheidungsmerkmal dieses Rechtes von dem ordentlichen Weiderechte, daß dasselbe nicht ein, andere Weideberechtigungen ausschließendes, sondern nur ein, neben dem ordentlichen Weiderechte hergehendes, Recht auf tägliche oder zeitliche Befahrung der Weide und zwar nur ein Recht

[5] Ebendaselbst.

Digitized by Google

zur Befahrung der Weide zur Tageszeit ist, ohne daß die Schafe auch zur Nachtzeit auf der Weide verbleiben und ohne daß somit der Pferch den übertriebspflichtigen Feldern zu gut kommt. [6] Eine Weideberechtigung, wodurch andere Weideberechtigte ausgeschlossen werden und wonach die Schafe auf den weidepflichtigen Gütern der fremden Markung während der Weidezeit verbleiben, und womit sonach das Pferchrecht verbunden ist, ist kein Uebertriebsrecht, sondern ein ordentliches Weiderecht. Das Schäfereigesetz würde daher mit dem Ausdruck „Uebertriebsrecht" einen ganz neuen uneigentlichen Begriff verbunden haben, wenn dasselbe alle Weideberechtigungen auf fremder Markung damit sollte haben bezeichnen wollen, und es läßt sich nicht absehen, warum in diesem Falle der Ausdruck überhaupt beigesetzt und nicht vielmehr bei der naheliegenden Befürchtung von daraus erwachsenden Mißverständnissen weggelassen worden wäre. Die Geschichte des Gesetzes zeigt jedoch, daß der Ausdruck „Uebertriebsrecht" absichtlich zu dem Zwecke beigesetzt worden ist, um die Ablösbarkeit auf wirkliche Uebertriebsrechte zu beschränken, und sonstige Weideberechtigungen auf fremden Markungen davon auszunehmen.

Schon der Regierungsentwurf hatte bei der fraglichen Bestimmung nur die Ablösung von Uebertriebsrechten im Auge, [7] und in dem am 23. April 1824 erstatteten Berichte des ständischen Ausschusses über den Entwurf wurde der Begriff des ablösbaren Uebertriebsrechtes dahin näher bestimmt und begrenzt, daß solches als die Berechtigung bezeichnet wurde, auf einer oder mehreren fremden Markungen entweder täglich oder an bestimmten Tagen der Woche mit einer gewissen Anzahl von Schafen, welche

[6] Wächter, württ. Privatrecht Bd. I, §. 28, S. 132, 133; Reyscher, württ. Privatrecht Bd. II, §. 299; Weishaar, württ. Privatrecht Bd. II, §. 545.

[7] Verh. der Kammer der Abg. von 1823—24 Heft. IV, Beil. S. 338, 339, 347.

Digitized by Google

jeden Abend die Markung wieder verlassen und somit den Pferch nicht auf der Markung lassen, zu weiden.[8] Anderer Seits wurde allerdings in dem am 26. Juni 1824 von der Kommission der Kammer der Abgeordneten erstatteten Berichte beantragt, alle Schafweideberechtigungen auf fremder Markung, nicht bloß die Uebertriebsrechte, für ablösbar zu erklären.[9] Allein der im Jahre 1828 von einer neuen Kommission erstattete weitere Bericht kehrte zu der in dem Berichte des ständischen Ausschusses niedergelegten Ansicht zurück, da das Interesse der Landwirthschaft sowohl, als der Schafzucht zwar die Ablösung der Uebertriebsrechte, keineswegs aber auch die Ablösung des, einem Privaten auf einer fremden Markung zustehenden Weiderechtes erfordere, und es wurde demgemäß beantragt, nur die Uebertriebsrechte für ablösbar zu erklären, vermöge welcher Jemand nicht unausgesetzt und während der ganzen Weidezeit, sondern nur an einzelnen Tagen in der Woche, oder während einer bestimmten Jahreszeit eine oder mehrere Markungen mit seinen Schafen zu beweiden befugt sei.[10] Bei der Berathung in der Kammer der Abgeordneten wurde diese Begriffsbestimmung zwar nicht für erschöpfend und theilweise für zu eng erkannt. Allein in Uebereinstimmung mit dem Kommissionsberichte ging auch die Kammer der Abgeordneten davon aus, daß nur die Uebertriebsrechte, nicht auch die davon zu unterscheidenden Weiderechte auf fremden Markungen für ablösbar erklärt werden sollen, und entschieden wurde sich gegen den Antrag der ersten Kommission von 1824, alle Schafweideberechtigungen auf fremden Markungen für ablösbar zu erklären, ausgesprochen, wobei insbesondere hervorgehoben wurde, daß, wenn die Schafe die Weidezeit über auf der fremden Markung bleiben, dieß kein Uebertriebs-, sondern ein Weide-

[8] Ebendaselbst S. 363, 399.

[9] Ebendaselbst Heft XIII, S. 1309. 1324.

[10] Verh. der Kammer der Abg. vor 1828 Heft III, S. 90, 91, 108.

Digitized by Google

recht sei. Demgemäß wurde dann, obwohl im Uebrigen die von der 1824er Kommission vorgeschlagene Fassung angenommen wurde, zu Verhinderung von Mißverständnissen hinter den Worten „alle Schafweideberechtigungen auf fremder Markung" das Wort „Uebertriebsrechte" eingeschaltet [11] und damit ausgesprochen, daß nicht alle Schafweideberechtigungen auf fremden Markungen, sondern nur diejenigen, welche als Uebertriebsrechte sich darstellen, der Ablösung unterworfen sein sollen. [12]

Der Begriff der Uebertriebsrechte wurde damit allerdings nicht festgestellt, allein da die Geschichte des Gesetzes darüber keinen gegründeten Zweifel läßt, daß nur die Uebertriebsrechte im Gegensatz zu den Weiderechten auf fremden Markungen für ablösbar erklärt werden sollten, so hat der Richter den allgemeinen Begriff des Uebertriebsrechtes, wie er schon vor dem Schäfereigesetze sich festgestellt hatte, seiner Entscheidung zu Grunde zu legen.

Entscheidung des Obertribunals vom 6. April 1869 in der Appellationssache zwischen der Gemeinde T. c. M. u. Gen.

2) Ablösbarkeit der Schafübertriebsrechte; Ablösung durch die Gemeinde.

Der Art. 6 des Schäfereigesetzes vom 9. April 1828, welcher von der Ablösbarkeit der Schafübertriebsrechte handelt, gestattet der Gemeinde die Ablösung, wenn die dienende Markung eine Gemeindemarkung ist. Diese Gesetzesbestimmung wurde von einem Gerichtshofe dahin ausgelegt, daß der Gemeinde das Recht der Ablösung nur dann zustehe, wenn der Weidebezirk in Frage die ganze Gemeindemarkung, nicht aber auch, wenn derselbe nur einen Theil derselben umfasse. Zu Begründung dieser Ansicht wurde geltend gemacht: Nach Art. 6 sei der Gemeinde das Recht,

---

[11] Ebendaselbst Heft V, S. 1143, 1144, 1152, 1154, 1155, 1158, 1159.

[12] Reyscher, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 305, Ziff. 1 und Note 1; Wächter, württ. Privatrecht Bd. I, S. 1005, vergl. mit S. 132.

Digitized by Google

die Ablösung der daselbst bezeichneten Weideberechtigungen zu verlangen, nicht ausschließlich, sondern gleichmäßig neben dem Gesammteigenthümer der dienenden Markung eingeräumt.[13] Aus dieser Gleichstellung Beider bezüglich des Rechtes zur Ablösung ergebe sich, daß solches, wie nicht einzelnen Eigenthümern von einzelnen Markungsparzellen, so auch nicht Namens solcher der Gemeinde habe eingeräumt werden wollen, daß vielmehr nur die Markung als ein Ganzes der Ablösung habe unterworfen werden sollen, mit alleiniger Ausnahme der sogenannten geschlossenen Güter, deren Eigenthümern nach Art. 8 des Gesetzes jenes Recht für sich allein deßhalb zustehen solle, weil solche Güter gleichsam als eine für sich bestehende Markung angesehen werden. Diese verschiedene Behandlung der weidepflichtigen Grundstücke erkläre sich daraus, daß die gesetzgebenden Faktoren davon ausgegangen seien, daß nur auf großen Feldwirthschaften, nicht aber auf zerstückeltem Felde Vereinigung des Weiderechtes mit dem Grundeigenthum als wünschenswerth erscheine.[14]

Das Obertribunal war jedoch anderer Ansicht, und es wurde dießfalls ausgeführt:

Das Gesetz beschränkt das Recht der Gemeinden zur Ablösung nicht auf den Fall der Erstreckung des Uebertriebsrechtes über die ganze Gemeindemarkung, vielmehr wird der Gemeinde das Ablösungsrecht in allen Fällen eingeräumt, in welchen überhaupt eine Gemeindemarkung, sei es ganz oder theilweise, es ist, auf welcher das Ueber-

[13] Berufen wurde sich auf die Motive zum Gesetzesentwurfe: Verh. der Kammer der Abgeordneten von 1823—1824, Heft IV, S. 347.

[14] Bezogen wurde sich auf den Bericht des ständischen Ausschusses a. a. O. S. 365; auf den Bericht der Vorbeitungskommission in den Verh. der K. d. A. v. 1828, Heft III, Beil. S. 90—92, Prot. vom 4.—5. März 1828, S. 1149—1160; ferner auf den neuen Entwurf von 1857, Art. 62 u. 66, wonach ebenfalls wieder die Ablösung in der Regel markungsweise erfolgen soll; Verh. d. K. d. A. von 1856—58, I. Beil.-Bd. S. 580.

Digitized by Google

triebsrecht laſtet. Den Gegenſatz gegen die Worte des Geſetzes „wenn die dienende Markung eine Gemeindemarkung iſt", bildet nicht, „wenn die dienende Markung nur ein Theil einer Gemeindemarkung", ſondern „wenn es keine Gemeindemarkung iſt". Jeder geſchloſſene Gutskomplex konnte eine eigene Markung haben, und wenn auf einer ſolchen Markung oder einem Theil derſelben das Uebertriebsrecht laſtet, kann nur der oder die Geſammteigenthümer dieſer Markung die Ablöſung verlangen. Wo aber der Weidediſtrikt keine ſolche beſondere Markung bildet, ſondern zu der Gemeindemarkung gehört, geſtattet das Geſetz der Gemeinde die Ablöſung. Die gegentheilige Anſicht würde dahin führen, daß ein Uebertriebsrecht nur, wenn es ſich über eine ganze Markung erſtreckte, abgelöst werden könnte, während von dem Geſetze alle Uebertriebsrechte für ablösbar erklärt worden ſind. Der Gerichtshof glaubt zwar aus dem Art. 8 des Schäfereigeſetzes folgern zu können, daß nur bei den geſchloſſenen Gütern eine Ausnahme von dem Satze gemacht worden ſei, daß nur Uebertriebsrechte auf ganzen Markungen der Ablöſung unterliegen. Allein der Art. 8 handelt gar nicht von Uebertriebsrechten, ſondern von Weiderechten in derſelben Markung und bildet daher keine Ausnahme von der Beſtimmung des Art. 6, ſondern dehnt die Ablösbarkeit auf gewiſſe weitere Schafweideberechtigungen außer den Uebertriebsrechten aus. Daß der Art. 6 aber den Gemeinden das Recht der Ablöſung nicht bloß für den Fall, daß das Uebertriebsrecht auf der ganzen Gemeindemarkung haftet, ſondern überhaupt für den Fall der Belaſtung einer Gemeindemarkung mit einem Uebertriebsrecht einräumen wollte und eingeräumt hat, erhellt auch aus der Geſchichte des Geſetzes. Der Regierungsentwurf enthielt ſchon dieſelbe Beſtimmung, wie ſie das Geſetz jetzt enthält,[15] und auch

[15] Verh. d. K. d. A. von 1823—24, Heft IV, Beil. S. 338, 339, 347.

Digitized by Google

der im Jahre 1824 erstattete Bericht der Kommission der Kammer der Abgeordneten hatte es hiebei belassen.[16] Dagegen war allerdings in dem im Jahre 1828 erstatteten Kommissionsbericht, übrigens ohne Anführung von Gründen, vorgeschlagen worden, die fragliche Bestimmung dahin zu fassen: „Die Uebertriebsrechte können von den Uebertriebspflichtigen ..... abgelöst werden. Bei Uebertriebsrechten auf ganzen Markungen wird das Recht der Ablösung durch den Gemeinderath und Bürgerausschuß im Namen der Gemeinde ausgeübt."[17] Allein bei der Berathung in der Kammer der Abgeordneten wurde beantragt, zu Beseitigung von Mißverständnissen statt „auf ganzen Markungen" zu sagen: „bei Uebertriebsrechten auf Gemeindemarkungen", was dann auch beschlossen und demgemäß schließlich die ursprüngliche Fassung wieder hergestellt wurde.[18] Hieraus erhellt klar, daß die Bestimmung nicht bloß gelten sollte, wenn das Uebertriebsrecht auf einer ganzen Gemeindemarkung haftet, sondern überhaupt bei allen Uebertriebsrechten auf Gemeindemarkungen, und daß aus diesem Grunde die jetzige Fassung beliebt und die Fassung der Kommission, welche nur bei Uebertriebsrechten auf ganzen Markungen der Gemeinde das Recht auf Ablösung einräumen wollte, verworfen worden ist.[19]

Beschluß des Obertribunals vom 6. April 1869 in der Appellationssache der Gemeinde T. c. M. u. Gen.

---

[16] Ebendaselbst, Heft XIII, S. 1324.

[17] Verh. d. K. d. A. von 1828, Heft III, S. 108.

[18] Ebendaselbst Heft V, S. 1152, 1153; Heft VI, S. 1374, 1477.

[19] Die obige Ausführung findet sich nur im Vortrag des Referenten, wurde aber von dem Kollegium gebilligt und in die Entscheidungsgründe nur deßhalb nicht aufgenommen, weil die Entscheidung des Gerichtshofes, ungeachtet der unrichtigen Begründung, aus einem andern Grunde gerechtfertigt war.

Digitized by Google

3) Realdienstbarkeit zu Gunsten eines Gewerbebetriebes ohne herrschendes Grundstück.

Durch Vertrag vom 19. Januar 1754 war den Rothgerbern M. und R. die Einrichtung einer Lohmühle in der zur Erlenmühle zu R. gehörigen Hanfreibe von der damaligen Eigenthümerin der Erlenmühle zugestanden und das, übrigens kündbare, Recht, solche Lohmühle nach ihrer Nothdurft zu gebrauchen, für sie und ihre Erben eingeräumt worden. Die Lohmühle wurde in Folge dessen von den Rothgerbern in der Hanfreibe eingerichtet und es ist das Recht zum Lohmachen mit der Lohmühleeinrichtung veräußert und vererbt und von den jeweiligen Erwerbern zum Betriebe des Rothgerbergewerbes ausgeübt worden. Im Jahre 1834 versuchte der damalige Erlenmüller die Kündigung des Rechtes, gestand solches aber in einem Vergleiche vom 5. Juli 1834 der damaligen Besitzerin der fraglichen Lohmühleeinrichtung für immer zu. Erst im Jahre 1865 entstand auf's Neue Streit, es wurde aber durch oberstrichterliches Urtheil den beiden Rothgerbern R. und A., als Besitzern der Lohmühleeinrichtung in der zur Erlenmühle in R. gehörigen Hanfreibe, ihrem Klaggesuche gemäß, für sich und ihre Rechtsnachfolger in besagtem Besitze das Recht zugesprochen, zum Betriebe ihres Rothgerberhandwerks in der genannten Hanfreibe nach Maßgabe des am 5. Juli 1834 geschlossenen Vergleiches jederzeit Loh zu machen. Bezüglich der rechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses wurde in den Entscheidungsgründen bemerkt:

Das fragliche Rechtsverhältniß stellt sich, sofern hienach der jeweilige Eigenthümer der Erlenmühle zum Dulden des Lohmachens seiten der hiezu Berechtigten in der zur Erlenmühle gehörigen Hanfreibe verpflichtet ist, als eine Dienstbarkeit und zwar, da das Recht zum Lohmachen den jeweiligen Besitzern der Lohmühleeinrichtung in der besagten Hanfreibe zum Betriebe des Rothgerbergewerbes zusteht, als eine zu Gunsten und zum Zwecke der Betreibung des Rothgerbergewerbes durch die Besitzer der

Lohmühleeinrichtung bestellte Realdienstbarkeit dar. Die Bestellung einer solchen Dienstbarkeit erscheint rechtlich als durchaus zulässig. Zwar kann nach den Grundsätzen des römischen Rechtes eine Realservitut nur zu Gunsten eines herrschenden Grundstücks bestellt werden, während die in Frage stehende Dienstbarkeit zu Gunsten eines bestimmten Gewerbebetriebes bestellt worden ist und die Person des jeweiligen Berechtigten durch Besitz und Eigenthum der in das dienende Gebäude eingebrachten Lohmühleeinrichtung und die gleichzeitige Betreibung des Rothgerbergewerbes durch den Besitzer bestimmt wird. Allein wenn auch Dienstbarkeiten dieser Art dem römischen Rechte fremd waren, so sind sie jedenfalls nach deutschem Rechte nicht zu beanstanden, welches Realdienstbarkeiten auch ohne ein herrschendes Grundstück kennt.[20]

Entscheidung des Obertribunals vom 3. April 1869 in der Appellationssache W. c. R. u. Gen.

4) Der Eintritt eines Pfandgläubigers an die Stelle eines andern auf dieselbe Sache versicherten Gläubigers setzt die vollständige Befriedigung dieses Gläubigers voraus.

Nach Art. 105 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 tritt ein Pfandgläubiger vermöge Gesetzes in die Stelle eines andern auf ebendieselbe Sache versicherten Gläubigers ein, wenn er die Forderung des Letzteren ablöst; es setzt aber die Ablösung nach Art. 106 die vollständige Befriedigung des abzulösenden Gläubigers und, wenn derselbe die angebotene Zahlung nicht annimmt, die gerichtliche Hinterlegung der Ablösungssumme voraus. Durch bloße

[20] Bluntschli, deutsches Privatrecht, 3. Aufl., §. 86 Ziff 2; derselbe, privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Band II, S. 164, 165; Walter, deutsches Privatrecht, §. 131; Seuffert, Archiv, Bd. VIII, Nro. 17, 113; Bd. XIV, Nro. 205; Bd. XVI, Nro. 176; dieses Archiv, Bd. IV, S. 416, Note 3; Bd. VIII, S. 116 Note.

Digitized by Google

Theilzahlungen an den auf derselben Sache versicherten Gläubiger erwirbt also Derjenige, welcher die Ablösung beabsichtigt, vermöge Gesetzes noch kein Recht weder an die Forderung, noch an das Pfandrecht des auszulösenden Gläubigers, nicht einmal zu dem entsprechenden, an diesen Gläubiger bezahlten Betrag. Er hat zwar, wenn der auszulösende Gläubiger die nur einem Theile seiner Forderung gleichkommenden Zahlungen von ihm angenommen hat, die Möglichkeit, durch Bezahlung des Restes und, wenn dieser nicht angenommen werden will, durch Hinterlegung desselben doch noch die Ablösung zu bewirken, indem eben mit Bezahlung oder Hinterlegung des Restes dem auszulösenden Gläubiger die vollständige Befriedigung oder doch die Möglichkeit gewährt ist, dieselbe nach seinem Belieben jeden Augenblick zu verwirklichen. Aber eben, weil in solchem Falle vor Bezahlung oder Hinterlegung des Restes das Recht dessen, der ausgelöst werden soll, in Betreff seiner Forderung und des dafür haftenden Pfandes noch in keiner Weise alterirt ist, hat derselbe immer noch die Befugniß, über seine Forderung ihrem ganzen Umfange nach zu disponiren, insbesondere seine volle Forderung einem Dritten abzutreten. Derjenige also, welcher behufs der Ablösung eines konkurrirenden Pfandgläubigers die erforderliche Summe nicht auf Einmal an diesen bezahlt oder für denselben hinterlegt, setzt sich der Gefahr aus, die Verwendung seiner zu diesem Zwecke vorläufig geleisteten theilweisen Zahlungen durch eine dazwischentretende Verfügung jenes Gläubigers über die Forderung, insbesondere die Veräußerung oder den Einzug derselben, vereitelt und sich auf einen persönlichen Anspruch auf Rückerstattung der nunmehr etwa ohne rechtlichen Grund in den Händen jenes Gläubigers befindlichen Gelder beschränkt zu sehen. Hieraus folgt, daß andererseits Derjenige, welcher vor der durch vollständige Befriedigung oder Hinterlegung bewirkten Ablösung die fragliche Forderung durch Cession erwirbt, die

Digitized by Google

seinem Vormann in der Absicht, denselben durch spätere Vervollständigung der Leistungen vermöge Gesetzes auszulösen, gemachten Zahlungen nicht gegen sich in der Weise gelten lassen muß, daß, wenn nur ihm, dem Cessionar, die Restsumme bezahlt oder für ihn hinterlegt wird, der Zahlende auf den Grund des Art. 105 des Pfandgesetzes in die Forderung einträte. Denn jene dem Vormann geleisteten Zahlungen begründen in solchem Falle nur ein die abgetretene Forderung nicht berührendes Rechtsverhältniß zwischen dem Zahlenden und dem Empfänger der Zahlung, in welches der Cessionar als singulärer Rechtsnachfolger durch die Cession nicht eintritt und aus welchem ihm daher, selbst wenn er um jene theilweisen Zahlungen und deren Zweck bei Erwerbung der Forderung gewußt hätte, keine Verbindlichkeiten oder Beschränkungen seiner Berechtigung erwachsen können.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. November 1864 in der Appellationssache Z. c. M.

5) Pfandrecht; dessen Erlöschung durch Zahlung. Künstlicher Beweis der Zahlung.

Es wurde geltend gemacht, der Satz, daß durch den Beweis der Zahlung der Forderung, zu deren Sicherheit ein Unterpfand bestellt worden, letzteres erlösche, könne dann keine Anwendung finden, wenn der Beweis der Zahlung ein künstlicher, durch Indizien und Vermuthungen geführter, also zweifelhafter, sei, weil sonst der Pfandgläubiger in vielen Fällen gefährdet wäre und das Pfandgesetz vom 25. April 1825 im Art. 210 ff. bestimmte Bedingungen vorschreibe, unter welchen allein ein Unterpfand gelöscht werden dürfe — darunter wesentlich die Einwilligung des Pfandgläubigers oder ein gerichtliches Erkenntniß —, auch eine gegen diese Bestimmungen vorgenommene Löschung nach Art. 222 dem Gläubiger nicht schade. Das Gesetz gestatte also nicht, auf den Grund von Vermuthungen die unterlassene Einwilligung in die Löschung

Digitized by Google

des Unterpfands als unerheblich anzunehmen.. Diese Ansicht wurde jedoch von dem Obertribunal als ungegründet erkannt und dießfalls ausgeführt:

Der Art. 123 des Pfandgesetzes, welcher von der Erlöschung des Unterpfands und den Gründen dieser Erlöschung handelt, bestimmt ganz allgemein: „Das Unterpfand erlischt 1) durch Tilgung der Forderung, zu deren Sicherstellung es bestellt worden ist.“ Darüber, in welcher Weise der Beweis der Tilgung oder Zahlung der Forderung zu führen, insbesondere daß derselbe nicht auch durch Anzeigen und Schlußfolgerungen herzustellen, der sog. künstliche Beweis somit hier ausgeschlossen sei, enthält das Pfandgesetz keine Bestimmung und hat es daher in dieser Beziehung lediglich bei den bestehenden prozessualischen Grundsätzen über Beweisführung sein Verbleiben. Nach diesen unterliegt es aber keinem Zweifel, daß die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer bestimmten Thatsache — hier der erfolgten Zahlung einer bestimmten Forderung — ebensowohl auf dem Wege des sogen. künstlichen Beweises, als durch andere Beweismittel an und für sich vollständig hergestellt werden kann, und daß, wenn letzteres wirklich der Fall, also der unternommene Beweis vollkommen geführt worden ist, alsdann von einem bloß zweifelhaften Beweise mit ebensowenig Grund mehr die Rede sein kann, als wenn die streitige Thatsache mittelst anderer Beweismittel voll bewiesen worden wäre. Wie jede Prozeßpartei, so ist auch der klagende Pfandgläubiger, in Absicht auf welchen das Gesetz keine Ausnahme macht, der bestehenden Prozeßordnung unterworfen und erscheint durch die Zulassung des sogen. künstlichen Beweises weder mehr noch minder gefährdet, als jeder andere streitende Theil.

Entscheidung des Obertribunals vom 8. Septbr. 1863 in der Appellationssache der Leihkasse H. E. c. Sch.

Digitized by Google

6) Bedingung; Fingirter Eintritt derselben im Falle der Verhinderung des Eintritts durch den bedingt Verpflichteten.

Der Satz, daß eine Bedingung für eingetreten gilt, wenn Derjenige den Eintritt hindert, der im Falle des Eintritts der Bedingung verpflichtet werden soll, gilt nur dann, wenn der bedingt Verpflichtete auf eine dem Sinne des Geschäftes zuwiderlaufende Weise in den Gang der Bedingung eingriff. [21]

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Oktober 1863 in der Appellationssache St. c. v. K.

Die Regel, daß eine Bedingung für eingetreten gelte, wenn ihr Eintritt durch den bedingt Verpflichteten gehindert werde, welche in verschiedenen Stellen der römischen Rechtsquellen ausgesprochen ist, [22] findet sich häufig in den Lehr- und Handbüchern des römischen Rechtes als allgemein geltende Regel hingestellt, [23] während sie, wofür auch in den römischen Rechtsquellen Anhaltspunkte gegeben sind, der Natur der Sache nach ausgeschlossen ist, wenn der Eintritt oder die Erfüllung der Bedingung in

---

[21] Frühere Entscheidungen des Obertribunals vom 28. Juli 1848 und v. 3. Dez. 1861 sind mitgetheilt in Seuffert's Archiv Bd. IV, Nr. 97 und in diesem Archiv Bd. VII, S. 76, 78 ff.; vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. X, Nr. 128.

[22] l. 161 D. de reg. jur. (50,17); l. 24 D. de cond. (35,1) — über diese beiden Stellen vgl. Vangerow, Pand., 7. Aufl. Bd. I, §. 94, S. 104, 141; Puchta, Vorles., 5. Aufl., Bd. I, S. 135, Note 2; Savigny, System Bd. III, S. 140, Note g. — l. 85, §. 7 D. de verb. obl. (45,1); l. 50 D. de contr. emt. (18,1); l. 3, §. 9, D. de cond. causa dat. (12,4); l. 66, 81, §. 1, D. de cond. (35,1); l. 3, §. 2, 3, 16, 17, l. 20, l. 23, §. 1, l. 34, §. 1, l. 38, D. de statu lib. (40,7).

[23] Mühlenbruch, Pand., 2. Aufl., Bd. I, §. 109, Note 6; Wening-Ingenheim, Civilrecht Buch I, §. 137, Ziff. 4, N. u; Glück, Kommentar Bd. IV, S. 502; Sintenis, Civilrecht Bd. I, §. 20, Note 68; Puchta, Pand. §. 60, Ziff. 2, Note g; Arndts Pand., §. 69, Ziff. 1, Anm. 1; Windscheid, Pand. §. 92, N. 10; Keller, Pand. S. 98, Note 6.

Digitized by Google

eine von der Willkühr des bedingt Verpflichteten abhängige Handlung gesetzt ist, wenn es sich also mit andern Worten um eine für den bedingt Verpflichteten potestative Bedingung handelt. Demgemäß bemerkt schon Schweppe,[24] daß die Regel, wonach im Falle der Verhinderung des Eintritts der Bedingung durch den bedingt Verpflichteten die Bedingung als eingetreten gelte, dann nicht Platz greife, wenn die Bedingung in einer willkührlichen Handlung des bedingt Verpflichteten bestehe, und ebenso beschränkt Wächter,[25] welchem Unger[26] beigetreten ist, die Regel auf den Fall, wenn der bedingt Verpflichtete auf eine dem Sinne des Geschäftes zuwiderlaufende Weise in den Gang der Bedingung einseitig eingriff, und erklärt sie dann für ausgeschlossen, wenn die Bedingung eine solche ist, deren Erfüllung ganz oder theilweise in seine willkührliche Thätigkeit gesetzt ist und er innerhalb dieses seiner Willkühr anheimgegebenen Kreises ihren Eintritt hindert. Probst[27] hat sodann diese Ansicht in einer besonderen Abhandlung in diesem Archive weiter begründet und die Voraussetzungen, wie die Grenzen der fraglichen Rechtsregel in überzeugender Weise festgestellt. Auch Savigny[28] hat schon früher die innere Nothwendigkeit einer Beschränkung der Regel erkannt; seine Auffassung ist jedoch eine etwas andere, indem er den Grund der Regel in dem Dolus Desjenigen findet, der aus Eigennutz den durch die Willenserklärung in die Bedingung gelegten Charakter der Zufälligkeit und Ungewißheit aufhebe, und demgemäß die Regel auf den Fall einer dolosen Verhinderung des Eintritts der Bedingung auf den bedingt Verpflichteten beschränkt.

---

[24] Römisches Privatrecht Bd. I, §. 118, Ziff. 5.

[25] Württ. Privatrecht Bd. II, §. 93, Note 5, 6, S. 694, 695.

[26] Oesterr. Privatrecht Bd. II, S. 67, Note 38.

[27] Dieses Archiv, Bd. VII, S. 75.

[28] System Bd. III, S. 140, 141.

Digitized by Google

Von den neueren Gesetzgebungen und Gesetzgebungsarbeiten sprechen der code civil und der großh. hessische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs die Regel allgemein aus, ohne eine Beschränkung beizufügen, indem der code civil Art. 1178 bestimmt: „La condition est réputée accomplie lorsque c'est le debiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement." Ebenso besagt der großh. hessische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs Abth. IV, Buch 1, Art. 100: „Eine Bedingung gilt als erfüllt, ... wenn der Betheiligte, welcher aus der Nichterfüllung der Bedingung Vortheil zieht, deren Erfüllung verhindert." Dagegen hat das Züricher privatrechtliche Gesetzbuch an die Savigny'sche Ansicht sich angeschlossen und im Art. 976 ausgesprochen: „Die Bedingung wird für erfüllt geachtet, wenn der, welchem die Nichterfüllung derselben zum Vortheil gereicht, die Erfüllung arglistig (dolos) verhindert." Die Wächter'sche Ansicht aber ist in dem K. sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch, in dem bayerischen Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und in dem Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse zur Geltung gekommen. Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in §. 111: „Die Bedingung gilt als erfüllt, wenn Derjenige, welcher im Falle ihres Eintritts verpflichtet werden soll, die Erfüllung hindert; es müßte denn die letztere seiner Willkühr überlassen sein." Der bayerische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs enthält im Thl. I, Art. 48 die Bestimmung: „Die Bedingung gilt als erfüllt, wenn Derjenige, welcher im Falle des Eintritts der Bedingung verpflichtet werden soll, deren Eintritt hindert. Ist die Bedingung ganz oder theilweise in die Willkühr des bedingt Verpflichteten gestellt, so gilt sie nicht als erfüllt, wenn dieser den Eintritt innerhalb der Grenzen der ihm gestatteten Willkühr hindert." Ebenso ist in dem Dresdener Entwurf eines deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse im Art. 103 ausgesprochen: „Wenn derjenige, welcher im

Digitized by Google

Falle der Erfüllung der Bedingung verpflichtet werden soll, die Erfüllung, soweit diese nicht in eine von seiner Willkühr abhängige Handlung gesetzt ist, hindert, so gilt die Bedingung als erfüllt." Eigenthümliche Bestimmungen enthält das allgem. preußische Landrecht Thl. I, Tit. 4, §. 104—107 dahin: §. 104 „Hängt die Bedingung von einem bloßen Zufall ab, so dürfen weder der Berechtigte, noch der Verpflichtete, ein jeder bei Verlust seines Rechtes, etwas vornehmen, wodurch das Eintreten des Zufalls hervorgebracht oder verhindert wird." §. 105 „Hängt die Bedingung von einer freien Handlung des Berechtigten oder eines Dritten ab, und hindert der Verpflichtete vorsätzlich, daß die Bedingung nicht zur Wirklichkeit gelangt, so ist dieselbe in Ansehung seiner für erfüllt zu achten." §. 106 „Ein Gleiches findet statt, wenn der Verpflichtete durch Betrug oder andere unerlaubte Mittel den Entschluß bewirkt, nach welchem die Bedingung fehlschlägt." §. 107 „Wenn aber der Verpflichtete sich erlaubter Mittel zur Bewirkung dieses Entschlusses bedient hat, so ist er dem Berechtigten dafür nicht verantwortlich." Das österr. bürgerliche Gesetzbuch enthält keine hieher bezügliche Bestimmung. [29]

7) Guter Glaube bei Unentschuldbarkeit des Irrthums.

Für den guten Glauben entscheidet lediglich das Bewußtsein; auf den Grund des mangelnden Bewußtseins der wirklichen Sachlage kommt nichts an, mag er in entschuldbarem oder in unentschuldbarem Irrthum bestehen. [30]

Entscheidung des Obertribunals vom 24. Mai bis 10. Juni 1856 und vom 3. April 1869 in der Appellationssache W. c R. und Gen.

---

[29] Vergl. jedoch Unger, österr. Privatrecht Bd. II, S. 67, Note 37; Zeiller, Kommentar Bd. II, S. 667, Bd. III, S. 82; Stubenrauch, das allg. bürgerl. Gesetzbuch Bd. II, S. 537.

[30] Seuffert, Archiv Bd. XI, Nro. 17 a, S. 23.

Digitized by Google

8) Nichterfüllung einer Verbindlichkeit wegen Insolvenz des Schuldners.

Die Insolvenz eines zu einer Geldleistung verpflichteten Schuldners wird nach den klaren Vorschriften des geltenden Rechtes nicht unter den Gesichtspunkt der vorhandenen oder eingetretenen rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung gestellt, sondern steht in ihren Folgen der willkürlichen Nichterfüllung der eingegangenen Verbindlichkeit gleich. [31]

Entscheidung des Obertribunals vom 18. Mai 1864 in der Appellationssache M. c. P.

9) Zahlung unverzinslicher oder unter dem landläufigen Zinsfuß verzinslicher Forderungen vor der Verfallzeit im Gante des Schuldners; Abzug von Zwischenzinsen.

Das Obertribunal hat die Frage, ob, wenn im Gante des Schuldners unverzinsliche oder unter dem landläufigen Zinsfuß verzinsliche Forderungen vor der Verfallzeit bezahlt werden, Zwischenzinse abgezogen werden können, in einem Falle bejaht, in welchem es sich um die Befriedigung einer durch Unterpfand gesicherten, zu $4^1/_2$ Prozent verzinslichen unverfallenen Zielerforderung im Gante des Schuldners handelte. Der Richter zweiter Instanz hatte es für unstatthaft erklärt, dem Gläubiger einen Diskonto wegen mangelnder Fälligkeit seiner Forderung abzuziehen, weil ihm durch den Konkurs die Bezahlung vor der Zeit aufgedrungen werde. Das Obertribunal war anderer Ansicht. Denn, sagen die Entscheidungsgründe, wenn die Ausbildung des jetzt geltenden Konkursrechtes zu sofortiger Befriedigung betagter Forderungen geführt hat, so war es die Folge eines natürlichen Rechtsgefühls, daß es nur für den Betrag ihres gegenwärtigen Werthes geschah, d. h. mit Anrechnung der Zwischenzinse. Dieß wird auch von

---

[31] Savigny, Obligationenrecht Bd. I, S. 384; Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. I, S. 49, Bd. II, S. 71.

Digitized by Google

den Schriftstellern als geltendes Recht für die Konkursgläubiger, ohne Unterschied, ob sie zugleich Pfandgläubiger sind, bezeugt. [32] Der Abzug der Zwischenzinse findet aber nicht nur statt, wenn die betagte Forderung ganz unverzinslich ist, sondern auch wenn und soweit der für sie bedungene Zins unter dem landläufigen steht. Im vorliegenden Falle, wo die Zieler zu $4^1/_2$ Proc. verzinslich sind, beträgt daher der Zwischenzins $^1/_2$ Proc.

Entscheidung des Obertribunals vom 8. Januar 1869 in der Appellationssache St. c. R.

Man wird gegen diese Entscheidung des Obertribunals gerechte Bedenken erheben können und wohl der Entscheidung des Richters zweiter Instanz beizupflichten haben. Wird außer dem Gante eine unverzinsliche Schuld vor der Verfallzeit dem Gläubiger von dem Schuldner freiwillig bezahlt, so ist, wenn auch der Fall so geartet ist, daß der Gläubiger die Annahme der vorzeitigen Zahlung nicht verweigern kann, nach dem bestehenden Rechte der Schuldner zum Abzug des Interusurium nicht berechtigt und der Gläubiger nicht verpflichtet, einen solchen Abzug sich gefallen zu lassen. [33] Hieran wird durch den Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Schuldners nichts geändert, da das zwischen Schuldner und Gläubiger bestehende Obligationsverhältniß und die daraus fließenden Rechte und Verbindlichkeiten bestehen bleiben, so weit nicht die Natur des Konkurses eine Aenderung mit sich bringt. Aus der Natur des Konkurses folgt nun zwar, daß der

---

[32] Reinhardt, die Lehre vom Gant S. 151; Kori, Konkursprozeß Buch I, Thl. 1, §. 33; Schweppe, System des Konkurses, 3. Ausg., S. 171; Bayer, Konkursprozeß, 4. Ausgabe, S. 151 u. 200, Note 3; Bolley, Kommentar Bd. II, S. 967; Derselbe, Entwürfe und Anträge Bd. II, S. 156, §. 1743.

[33] Vergl. hierüber meine Ausführung oben S. 69 bis 74, auf welche hier zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Digitized by Google

Gläubiger sich seine Befriedigung nach Maßgabe der Prioritätsordnung, nicht aber daß er sich einen Abzug an seiner Forderung gefallen lassen muß, wenn er vor der Verfallzeit seine Befriedigung aus der Gantmasse erhält. Wenn sich in der Entscheidung des Obertribunals hiegegen auf das natürliche Rechtsgefühl berufen wird, so kann dieses den Bestimmungen des positiven Rechtes gegenüber, welches die obligationsmäßigen Rechte des Gläubigers schützt, nicht in Betracht kommen, ganz abgesehen davon, daß bezweifelt werden kann, ob es denn wirklich dem natürlichen Rechtsgefühle entspricht, den Gläubiger zur Annahme einer durch Abrechnung der Zwischenzinse verkürzten Leistung zu zwingen und ihm dadurch seine obligationsmäßigen Rechte zu schmälern. Gewiß ist es nicht dem natürlichen Rechtsgefühl und der Billigkeit entsprechend, wenn z. B. ein Gläubiger, welcher ein Kapital auf eine bestimmte Zeit, etwa auf zwei Jahre, gegen Verzinsung zu $4^1/_2\,\%$ hingeliehen hat, während er solches auf kürzere Zeit vielleicht gar nicht hingeliehen hätte, nunmehr, wenn ihm das Kapital im Gante vor Ablauf der zwei Jahre zurück bezahlt wird, soll gezwungen werden können, nicht nur dem Inhalt der Obligation zuwider sich mit den Zinsen bis zum Tage der Zurückbezahlung des Kapitals zu begnügen, sondern sich zudem noch wegen der ihm vor der Verfallzeit aufgedrungenen Zahlung einen Zwischenzins von $^1/_2$ Prozent abziehen zu lassen. Wollte etwa zu Begründung eines solchen Abzugs unterstellt werden, daß der Gläubiger durch die verfrühte Zahlung $^1/_2$ Proz. gewinne, und dieß müßte doch wohl unterstellt werden, um den Abzug nach beiden Seiten als billig erscheinen zu lassen, so müßte zuvor bewiesen sein, daß der Gläubiger nach den Umständen des einzelnen Falles in der Lage sei, das zurückbezahlte Kapital sofort wieder auf eine ihm zusagende Weise sicher und zu 5 Prozent anzulegen oder umzutreiben. Ohne Weiteres kann dieß aber keineswegs unterstellt wer-

Digitized by Google

den und namentlich ist es hiefür doch wohl unerheblich, daß der sogenannte landläufige Zins, der nur für die gesetzlichen Zinse maßgebend ist, abgesehen vom Handels- und Wechselverkehr, 5 Prozent beträgt. Mit der Berufung auf Billigkeitsgründe kann man nicht vorsichtig genug sein, denn gar oft ist, was nach der einen Seite billig scheint, nach der andern Seite eine Unbilligkeit und selbst ein Unrecht. Selbst wenn aber auch im einzelnen Falle ein Abzug des Interusurium als billig sich nachweisen ließe, so können bloße Billigkeitsgründe ausdrücklichen Bestimmungen des positiven Rechtes gegenüber für den Richter nicht maßgebend sein. Sollte aber vielleicht in den Entscheidungsgründen des Obertribunals haben behauptet werden wollen, daß das natürliche Rechtsgefühl zu einem abweichenden Gewohnheitsrechte geführt habe, so möchte die Existenz eines solchen Gewohnheitsrechtes wohl nicht erweislich sein. Wohl wird von einzelnen Rechtslehrern der Satz aufgestellt, daß, wenn unverfallene Forderungen im Gante bezahlt werden, das Interusurium abzuziehen sei. Allein diese Rechtslehrer wollen hiemit nicht etwa ein für Konkursfälle geltendes besonderes Gewohnheitsrecht behaupten, von welchem sie nirgends reden, sondern sie gehen offensichtlich von der früher hier und da vertheidigten, aber heutzutage wohl allgemein als unrichtig erkannten Ansicht aus, daß der Schuldner überhaupt, wenn er vor der Verfallzeit zu zahlen berechtigt sei, das Interusurium abziehen könne. Indem sie für den Fall der Zahlung unverzinslicher Forderungen vor der Verfallzeit im Gante die Abrechnung des Interusuriums zulassen, wenden sie daher nur eine unrichtige Rechtsansicht auf einen einzelnen Fall an, und wenn sich dem auch die Praxis mehr oder weniger angeschlossen haben sollte, was aber erst noch des Beweises bedürfte, so würde dieß nie zu Begründung eines Gewohnheitsrechtes haben führen können, da nur die Uebung eines wissenschaftlichen Irrthums, nicht aber einer im Volke lebenden

Digitized by Google

Rechtsüberzeugung vorliegen würde, wie sie zu Begründung eines Gewohnheitsrechtes erforderlich ist. [34]

10) Kompensation; Erforderniß einer von dem Schuldner dem Gläubiger gemachten Erklärung.

Die gegenseitige Aufhebung von einander gegenüberstehenden zur Kompensation geeigneten Forderungen setzt voraus, daß der Schuldner erklärt hat, von seinem Kompensationsrechte Gebrauch machen zu wollen, [35] und zwar muß diese Erklärung dem Gläubiger gegenüber erfolgt sein. Es genügt nicht, wenn der Schuldner etwa nur in seinen Büchern die Abrechnung vorgenommen hat, letzteres für sich allein hat keine rechtliche Wirkung Denn, ist in Entscheidungsgründen des Obertribunals gesagt, so lange der Schuldner seinen Willen dem Gläubiger nicht zu erkennen gibt, diesen Willen ihm weder ausdrücklich noch durch Handlungen erklärt, insolange ist der Wille ohne rechtliche Wirkung, er bindet den Schuldner (bezw. Gläubiger) nicht, kann von ihm nach seinem Belieben jeden Augenblick geändert werden und verleiht dem Gegentheil keine Rechte; wobei es keinen Unterschied macht, ob der Schuldner (bezw. Gläubiger) den Willen noch in seinem Innern verschlossen oder ob er ihn zu Papier gebracht, wenn er nur dieses Papier seinem Gläubiger (bezw. Schuldner) nicht zu dem Zwecke, um ihm damit seinen darin ausgedrückten Willen zu erkennen zu geben, vorgezeigt oder zugestellt hat. Es ist daher unerheblich, ob und an welchen Forderungen seines Gläubigers ein Schuldner seine Gegenforderungen in seinen Büchern in Abrechnung gebracht hat.

Entscheidung des Obertribunals vom 3. Februar 1869 in der Appellationssache B. c. v. W.

---

[34] Vergl. dieses Archiv Bd. VI, S. 138 ff.
[35] Dieses Archiv Bd. XI, S. 12 ff.

Digitized by Google

11) Befreit der von einem Gesammtschuldner geschlossene Nachlaßvertrag auch die übrigen Gesammtschuldner?

Der Rechtssatz, daß ein von dem Gläubiger mit dem einen Korrealschuldner geschlossener Nachlaßvertrag dem andern Korrealschuldner dem Anspruche des Gläubigers gegenüber dann zu statten kommen müsse, wenn die mehreren Schuldner in einem Gesellschafts-, oder in einem andern zum gegenseitigen Regreß berechtigenden Verhältnisse unter einander stehen,[36] findet keine Anwendung, wenn der Nachlaß lediglich der Person des- oder derjenigen gewährt worden ist, welche denselben erwirkt haben. In diesem Falle kann sich der andere Korrealschuldner niemals darauf berufen, auch dann nicht, wenn er mit jenen in einem Gesellschaftsverhältnisse steht. Zwar kann es hier dahin kommen, daß Derjenige, mit welchem der Nachlaßvertrag geschlossen worden ist, den ihm daraus entspringenden Vortheil dadurch wieder verliert, daß er seinem Gesellschafter, der den Gläubiger befriedigen muß, Ersatz zu leisten hat. Allein dieses Verhältniß berührt den Gläubiger, der nur einen persönlichen Nachlaß gewährt hat, nicht, sondern ist lediglich eine Sache desjenigen Gesellschafters, der sich mit einem nur seiner Person gewährten Nachlaß begnügte oder begnügen mußte, der übrigens in der Regel die Vortheile seines Vertrages auf anderem Wege sich zu sichern gesucht oder wenigstens anderweite Vortheile als thatsächliche Folge desselben in Aussicht genommen haben wird.[37]

Entscheidung des Obertribunals vom 10. Oktober 1863 in der Appellationssache H. c. M.

---

[36] l. 21, §. 5, l. 23—25 pr. D. de pactis (2, 14); Savigny, Obligationenrecht Bd. I, S. 176 ff.; Sintenis, Civilrecht, 2. Aufl., Bd. II, §. 89, S. 131; Seuffert, Pand., 4. Aufl., Bd. II, §. 291, Note 2 a u. 3; vergl. auch Windscheid, Pand. Bd. II, Abth. 1, §. 295, S. 133 ff., Note 4.

[37] l. 22, l. 25, §. 1, D. de pactis (2, 14); Savigny, a. a. O. Note g; Bangerow, Pand. Bd. III, §. 573, Anm. 5, II, a;

Digitized by Google

Die in dieser Entscheidung zur Anwendung gebrachten Rechtssätze sind auch bei den Verhandlungen der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allg. deutschen Obligationenrechtes vertheidigt worden, indem der Antrag auf die Aufnahme folgender Bestimmung gestellt worden ist: „Erläßt der Gläubiger die Schuld durch Vertrag mit einem Gesammtschuldner, so werden die übrigen Gesammtschuldner von ihrer Schuld nur dann befreit, wenn diese nach dem zwischen den Gesammtschuldnern bestehenden besondern Rechtsverhältnisse im Falle der Zahlung der erlassenen Schuld Ersatz von dem Gesammtschuldner, mit welchem der Nachlaßvertrag geschlossen worden, verlangen könnten. Ist der Nachlaßvertrag mit der Beschränkung auf die Person eines Gesammtschuldners geschlossen worden, so kommt derselbe den übrigen Gesammtschuldnern nicht zu Statten." [38]—Zur Begründung dieses Antrags war neben Anderem, was hier unerwähnt bleiben mag, insbesondere geltend gemacht worden: Eine über die Person der Kontrahenten hinaus gehende Wirkung könne dem Nachlaßvertrage nur beigelegt werden, wenn man den Gesichtspunkt des Regresses in's Auge fasse. In den Fällen nämlich, in welchen nach dem zwischen den mehreren Korrealschuldnern bestehenden besondern Rechtsverhältnisse eine Verpflichtung zur nachträglichen Ausgleichung bestehe, [39] gebe das römische Recht auch dem nicht pazizirenden correus eine Einrede aus dem pactum des Andern, was seinen vernünftigen Grund darin habe, daß der nicht pazizirende correus, wenn er die dem andern correus nachgelassene Schuld zahlen müßte, seinen Regreß an Letzteren nehmen und auf diese Weise der Gläubiger auf

---

Sintenis, Civilrecht, a. a. O.; Fitting, Korrealobligation S. 93 f.; Windscheid, a. a. O.

[38] Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes Bd. VI, S. 4260.

[39] Vergl. dieses Archiv Bd. IX, S. 96, 97, 386—392, 428 ff.

Digitized by Google

indirektem Wege doch denjenigen correus angreifen würde, welchem er die Schuld erlassen habe. Der Nachlaßvertrag erhalte damit keine über seinen Inhalt hinausgehende Wirkung, es werde derselbe nicht auf den dem Nachlaßvertrage fremden Gesammtschuldner zu dessen Gunsten ausgedehnt, sondern es werde diesem eine Einrede nur insoweit eingeräumt, als solche dem paziszirenden Gesellschafter selbst wieder zu statten komme. Dem Nachlaßvertrag solle dadurch die ungeschmälerte Wirkung unter den Kontrahenten gesichert und einem unter den Gesichtspunkt des dolus generalis fallenden tadelnswerthen Gebahren des Gläubigers begegnet werden. Dabei sei es einerlei, ob der Gläubiger zur Zeit des Nachlaßvertrages um das Regreßverhältniß gewußt habe, oder nicht. Denn für das Vorhandensein des dolus entscheide nicht die Wissenschaft des Gläubigers zur Zeit des Nachlaßvertrages, sondern dessen Kenntniß oder Nichtkenntniß zur Zeit der Geltendmachung der Forderung. Denn sei die Absicht dahin gegangen, den Schuldner völlig zu liberiren, so handle der Gläubiger auch dann dolos, wenn er trotz erlangter Kenntniß von dem Regreßverhältniß einen andern regreßberechtigten Gesammtschuldner auf das Ganze in Anspruch nehme. Dabei verstehe es sich jedoch von selbst, daß die Wirkung der Befreiung der nicht mit paziszirenden Gesammtschuldner nur eintreten könne, wenn der Vertrag nicht blos zu Gunsten des paziszirenden Gesammtschuldners (in personam) geschlossen, sondern die Schuld unbeschränkt erlassen worden sei. Denn habe der Gläubiger sich nur verbindlich gemacht, den paziszirenden Gesammtschuldner nicht zu belangen, nur von ihm nichts zu fordern und dergleichen, so könne dem Vertrage eine andere, als diese beschränkte Wirkung auch nicht zukommen. Hier bleibe dem Gläubiger sein voller Anspruch gegen die übrigen Gesammtschuldner vorbehalten, es könne in einem solchen Falle, wo eine solche Beschränkung dem Nachlaßvertrage ausdrücklich gegeben worden, aus demselben selbstverständlich eine Befreiung

Digitized by Google

auch der übrigen Gesammtschuldner nicht abgeleitet werden.[40] Die Majorität der Dresdener Kommission war jedoch de lege ferenda anderer Ansicht und es wurde demgemäß nach dem Vorgange des sächsischen Gesetzbuches §. 1030, gegen dessen betreffende Bestimmung sich aber die wissenschaftliche Kritik schon vorher entschieden ausgesprochen hatte,[41] nach langer Debatte die Bestimmung in den Art. 383 aufgenommen, daß der von einem Gläubiger mit einem Gesammtschuldner geschlossene Nachlaßvertrag den übrigen Gesammtschuldnern nicht zu statten komme.[42]

12) Schuldverjährung; Erlöschung eines Anspruchs auf wiederkehrende, nicht von einer Hauptforderung abhängende Leistungen.

Wenn bei Rechtsverhältnissen, in welchen es sich um wiederkehrende, nicht von einer Hauptforderung abhängende, Leistungen handelt (es stand die subsidiäre Baulast an einer Kirche in Frage), der Anspruch auf eine einzelne Leistung gegenüber dem vermeintlich Verpflichteten geltend gemacht werden kann, der Letztere aber die Leistung aus dem Grunde ablehnt, weil von ihm überhaupt die ganze Berechtigung widersprochen wird, so erlischt mit dem Ablauf der Verjährungszeit nicht bloß der Anspruch auf die betreffende einzelne Leistung, sondern das ganze Recht selbst.

Entscheidung des Obertribunals vom 10. Juni 1868 in der Appellationssache des Stiftungsrathes zu U. c. den Stiftungsrath zu N.

---

[40] Protokolle der Dresdener Kommission Bd. II, S. 1461, 1462; Bd. IV, S. 2836—2838; Bd. VI, S. 4262—4266, 4269, 4270.

[41] Unger, der revidirte Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Königreich Sachsen I, S. 88, 89; Lang, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern Heft II, S. 135, 136; Arndts in Pözl, kritische Vierteljahrsschrift Bd. V, S. 337, 338.

[42] Protokolle der Dresdener Kommission Bd. II, S. 1458 bis 1462; Bd. IV, S. 2832—2839; Bd. VI, S. 4259—4270.

Digitized by Google

Die in dieser Entscheidung ausgesprochene Ansicht liegt auch früheren Entscheidungen des Obertribunals zu Grunde, in welchen stets davon ausgegangen wurde, daß bei periodischen Leistungen, welche nicht Accessionen einer anderen Forderung sind, nicht nur der Anspruch auf die verfallenen, sondern auch der Anspruch auf die künftigen Leistungen, und zwar ohne Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Ansprüchen, der Verjährung unterliege; daß der Lauf der Verjährung aber nur dann beginnen könne, wenn der Schuldner das Recht selbst verneint und der Berechtigte dennoch es geltend zu machen unterlassen habe. So wurde in einem Falle, in welchem es sich um den Anspruch der Pfarrei St. gegen die Gemeinde zu A. auf Bezug des Kleezehnten handelte, in der Entscheidung des Obertribunals vom 22. Sept. 1832 ausgesprochen, daß nach der herrschenden Meinung die contradictio und aquiescentia als ein wesentliches Erforderniß der erlöschenden Verjährung von Gefällrechten, im Gegensatz gegen die Verjährung einzelner jährlicher Prästationen, angesehen werde.[43] In einem andern Falle, in welchem der Anspruch der Schulstelle zu W. gegen die Gutsherrschaft daselbst auf Verabreichung von Besoldungsholz in Frage stand, ging das Obertribunal in seiner Entscheidung vom 4. November 1845 wiederum davon aus, daß die Klage hinsichtlich des Rechtes selbst durch Verjährung nur dann hätte erlöschen können, wenn letzteres in Kontestation gezogen worden wäre.[44] In einem weiteren Falle, welcher den persönlichen Anspruch auf eine Pension betraf, wurde in der Entscheidung des Obertribunals vom 19. Juni 1852 gesagt, daß Forderungen, welche nicht auf einmal, sondern erst allmälig begründet oder fällig werden, wie die vorliegende Pensionsforderung, nicht im Ganzen, sondern nur jede Pensionsrate für sich, von der Zeit an,

[43] Sarwey, Monatschrift Bd. XX, S. 78, vergl. S. 46.

[44] Ebendaselbst S. 65.

Digitized by Google

wo sie fällig geworden, der Verjährung unterliege, es wäre denn, daß der Schuldner das Recht sebst verneint und deßhalb die Leistung unterlassen hätte.[45] In derselben Weise sprach sich das Obertribunal in einer Entscheidung vom 24. Januar 1860 bezüglich des Anspruchs auf Tragung der kirchlichen Baulast dahin aus, daß die Verjährung der Klage erst in demjenigen Zeitpunkte zu laufen beginnen könne, in welchem die angesonnene Baupflicht von dem angeblich Verpflichteten in Widerspruch gezogen worden.[46] Auch in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis wird dieselbe Ansicht vertheidigt,[47] und soweit es sich um die Frage handelt, ob auch der Anspruch auf die künftigen terminlichen Leistungen, also der ganze Anspruch, der Verjährung unterliege, wird die Praxis, der bezüglich der persönlichen Ansprüche erhobenen theoretischen Bedenken[48] unerachtet, an der herrschenden Ansicht festzuhalten allen Grund haben. Dagegen beruht die Ansicht, daß die Verjährung des Rechtes auf die künftigen terminlichen Leistungen nur dann zu laufen beginnen könne, wenn der Schuldner nicht bloß die einzelne Leistung unterlassen, sondern dabei auch das Recht im Ganzen widersprochen und der Berechtigte dieses Widerspruchs ungeachtet das Recht geltend zu machen versäumt habe, wesentlich auf der sogen. Verletzungstheorie, wonach eine vorausgegangene Rechtsverletzung oder Rechtsstörung die Bedingung der Nativität der Klagen bilden solle. Hievon ausgegangen, wurde an-

---

[45] Seuffert, Archiv Bd. VI, Nro. 4, S. 9, 10.

[46] Dieses Archiv Bd. III, S. 406.

[47] Savigny, System Bd. V, S. 312; Wächter, württemb. Privatrecht Bd. II, §. 118, S. 809, Note 16; Unterholzner, Verjährungslehre Bd. II, S. 319, 320; Keller, Pand. §. 85, S. 178; Arndts, Pand. §. 107; Seuffert, Pand., 4. Ausg., Bd. I, §. 28, Note 1; Sintenis Civilrecht Bd. I, §. 31, S. 296; Seuffert, Archiv Bd. I, Nro. 156, Bd. III, Nro. 138, Bd. VI, Nro. 4, Bd. IX, Nro. 117; Bd. XVII, Nro. 83, Bd. XX, Nr. 154.

[48] Demelius, Unters. aus dem römischen Civilrecht Bd. I, S. 200 ff.

Digitized by Google

genommen, daß der Anspruch im Ganzen nicht schon durch das Ausbleiben einer einzelnen Leistung für sich eine Störung erlitten habe, diese Störung vielmehr erst dann vorliege, wenn das Recht selbst widersprochen und die Verweigerung der einzelnen Leistung auf diesen Widerspruch gegründet worden, und daß daher auch erst hiedurch der Berechtigte Anlaß zur Klage wegen des Anspruchs im Ganzen erhalte und diese Klage vorher nicht nata sei. Allein, wie schon früher mitgetheilt worden,[49] hat das Obertribunal mit gutem Grunde und im Anschluß an die geläuterte Theorie die Verletzungstheorie verlassen, und es kann daher auch bezüglich der Verjährung des Rechtes auf künftige, nicht von einer Hauptforderung abhängende wiederkehrende Leistungen die Thesis, welche neben dem Ausbleiben der einzelnen Leistung eine Verneinung des Rechtes im Ganzen verlangt, nicht festgehalten werden. Vielmehr beginnt mit dem Zeitpunkte, wo die einzelne Leistung gefordert werden kann, also mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit der einzelnen Leistung im Falle ihres Ausbleibens auch die Verjährung des Anspruchs auf die Leistungen im Ganzen.[50]

In Uebereinstimmung hiemit bestimmt auch der Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse im Art. 401: „Hängen wiederkehrende Leistungen nicht von einer Hauptforderung ab, so beginnt die Verjährung des Anspruchs auf die wiederkehrenden Leistungen im Ganzen von dem Zeitpunkte an, wo die erste Leistung gefordert werden kann."

Bei der Berathung dieser Bestimmung in der Dresdener Kommission wurden zunächst die theoretischen Bedenken, welche gegen die Verjährbarkeit des persönlichen Anspruchs auf wiederkehrende nicht von einer Hauptforderung abhängende Leistungen sprechen, in Erörterung ge-

[49] Oben S. 18, 19.

[50] Demelius, a. a. O. S. 202, 203; Unger, System des österr. Privatrechts Bd. II, §. 120, Note 11, S. 413, 414.

Digitized by Google

zogen. Es wurde bemerkt, daß bei obligatorischen Verhältnissen von einem Rechte im Ganzen auf selbstständig wiederkehrende Leistungen im Gegensatze zu dem Rechte auf die einzelnen Leistungen und in dem Sinne, als ob das letztere wie ein Ausfluß des Rechtes im Ganzen zu betrachten sei, bei genauer Erwägung nicht die Rede sein könne. Die in Frage stehende Bestimmung könne daher Anwendung leiden auf Reallasten, sobald man in diesen ein dingliches Recht und in den einzelnen Leistungen eine persönliche Forderung erblicke, nicht aber auf rein obligatorische Verhältnisse, bei welchen der Anspruch auf die einzelnen Terminzahlungen den Inhalt des Rechtes selbst bilde. Wollte man auch bei rein persönlichen Forderungen noch ein über dem Anspruch auf die einzelnen Leistungen stehendes Recht im Ganzen anerkennen, so gerathe man in eine bedenkliche Analogie mit den Grundsätzen des Sachenrechtes. Hieraus folge aber zugleich, daß, wenn ein solches Recht im Ganzen und unabhängig von den einzelnen Leistungen gedacht überhaupt nicht existire, dasselbe auch nicht erlöschen könne. Es könne daher bei selbstständigen wiederkehrenden Leistungen eine Verjährung des Rechtes im Ganzen im Gegensatze zu der der einzelnen Leistungen nicht eintreten, und höchstens werde sich die positive Bestimmung treffen lassen, daß nach der Verjährung einzelner Leistungen auch die noch nicht verjährten, sowie die späteren Leistungen nicht weiter gefordert werden können.[51] Von anderer Seite wurde jedoch zwar anerkannt, daß diese Bedenken vom theoretischen Standpunkte Vieles für sich haben; allein vom praktischen, wie vom gesetzgeberischen Standpunkte empfehle es sich, an der herrschenden Ansicht, welche auch im österreichischen allgem. bürgerl. Gesetzbuche §. 1480 Anerkennung gefunden, festzuhalten, wonach auch das Recht auf periodische Leistungen, welche nicht Accessorien einer Hauptforderung seien, im

[51] Vergl. auch Unger a. a. O. Note 10.

Digitized by Google

Ganzen, in seiner Totalität, als solches der Verjährung unterliege. Es spreche hiefür die praktische Erwägung, daß man andernfalls den Bestand solcher obligatorischen Verpflichtungen trotz fortwährender, vielleicht hundertjähriger Nichterfüllung durch Nichtentrichtung der wiederkehrenden Leistungen sanktioniren würde.[52]

Bezüglich des Anfangspunktes der Verjährung des Rechtes in seiner Totalität wurde bemerkt, daß eine Meinung, welche wesentlich auf der Verletzungstheorie basire, als Anfangspunkt der Verjährung den Zeitpunkt bezeichne, wo dem Rechte selbst im Ganzen die Anerkennung versagt werde. Diese Ansicht müsse mit der Verletzungstheorie selbst fallen; denn wenn man zum Beginne der Verjährung keine besondere Rechtsstörung, sondern nur das Begründetsein des Rechtes und die Fälligkeit des Anspruchs fordere, so müsse es zum Beginne der Verjährung des Rechtes auf terminliche, nicht accessorische Leistungen in seiner Totalität genügen, daß die Verfallzeit der ersten Leistung gekommen sei. Mit diesem Zeitpunkte werde actio nata und es beginne die Verjährung, welche jedoch allerdings durch jede Leistung auf's Neue unterbrochen werde.[53]

13) Die kurze Verjährung findet auf Forderungen für die Verpflegung einer in die Familie aufgenommenen Person keine Anwendung.

Nach dem Gesetze vom 6. Mai 1852 über Einführung einer kürzeren Verjährungsfrist Art. 1, Ziff. 2 unterliegen die Forderungen der Wirthe und Kostreicher für Beherbergung, für abgegebene Speisen oder Getränke und sonstige für ihre Gäste bestrittene Bedürfnisse und Auslagen einer kurzen Verjährung von drei Jahren. Diese Bestimmung findet jedoch keine Anwendung auf solche For-

[52] Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allgem. deutschen Obligationenrechtes Bd. II, S. 1369, 1370, 1374.

[53] Ebendaselbst S. 1370, 1371, 1373, 1374.

Digitized by Google

derungen, welche aus der Beherbergung, Verköstigung und Verpflegung einer als Hausgenosse in die Familie aufgenommenen Person herrühren, da hier das Verhältniß von dem eines gewöhnlichen Wirthshausgastes, sowie überhaupt von dem eines in keiner näheren Beziehung zu seinem Verpfleger stehenden Verpflegten durchaus verschieden ist. Auf Forderungen dieser Art paßt, ganz abgesehen von dem Wortlaut der Ziff. 2 des Art. 1 des erwähnten Gesetzes das diesem letzteren zu Grunde liegende Prinzip gar nicht. Sowohl nach dem Begleitungsvortrage des Chefs des Justizdepartements bei Einbringung des Gesetzesentwurfs,[54] als nach den Motiven zu dem letzteren,[55] sowie nach den Berichten der ständischen Kommissionen[56] sollte eine kürzere Verjährungszeit eingeführt werden für diejenigen aus dem gewöhnlichen täglichen Verkehre (aus der bei uns hergebrachten Lebens- und Verkehrsweise), oder aus sonstigen häufig vorkommenden Rechtsverhältnissen entspringenden Forderungen, welche nach bestehender Sitte (dem allgemeinen Gebrauche gemäß) mit dem Zeitpunkt ihrer Entstehung oder doch bald darauf berichtigt zu werden pflegen. Hiemit sind zwei Voraussetzungen ausgesprochen. Einmal sollen nur solche Forderungen von dem Gesetze getroffen werden, welche im gewöhnlichen Verkehre vorzukommen pflegen; dieß wurde bei den in der Kammer der Abgeordneten über den Gesetzesentwurf gepflogenen Verhandlungen von den verschiedensten Seiten als oberster Grundsatz des Gesetzes bezeichnet.[57] Die zweite Voraussetzung ist, daß es sich von einer solchen Forderung des täglichen Verkehrs

[54] Verh. der Kammer der Abg. von 1851 u. 1852 Beil.-Bd. I, S. 58.

[55] Ebendaselbst S. 55.

[56] Verh. der Kammer der Standesherren von 1851/55, Beil.-Bd. I, S. 22; Verh. der Kammer der Abg. von 1851/52 Prot. Bd. II, S. 945 ff.

[57] Verh. der Kammer der Abg. von 1851/52 Prot. Bd. II, S. 960, 973.

Digitized by Google

handelt, welche nach der bestehenden Sitte mit dem Zeitpunkte ihrer Entstehung oder doch bald darauf berichtigt zu werden pflegt. Ein Rechtsverhältniß, wonach eine Person in eine Familie als Familienglied aufgenommen und gegen Entgelt verpflegt wird, ihrerseits aber wieder Dienste leistet, ist aber durchaus kein solches, welches im gewöhnlichen täglichen Verkehr vorzukommen pflegt; es ist dasselbe vielmehr ein exceptionelles Verhältniß, das nur unter bestimmten Voraussetzungen sich vorfindet und nicht in den allgemeinen Verkehrs-, sondern in bestimmten rein persönlichen (Familien- oder Freundschafts-) Beziehungen seine Grundlage hat. Ebendeßhalb trifft auch die zweite Voraussetzung nicht zu; denn es kann bei einem solchen exceptionellen, im Ganzen nur selten vorkommenden, Verhältnisse von einer bezüglich der Tilgung des Entgelts für die Verpflegung bestehenden Sitte gar keine Rede sein; diese hängt ihrerseits selbst wieder mit den persönlichen Verhältnissen des Verpflegten auf's engste zusammen. Paßt sonach das Prinzip des Gesetzes nicht auf eine Forderung der fraglichen Art, so läßt sich dasselbe auch von den Worten des Gesetzes behaupten. Der Forderungsberechtigte wird daselbst Kostreicher, der Verpflichtete Gast genannt. Nun ist allerdings Jeder, welcher einen Andern verköstigt, ein Kostreicher. Im gewöhnlichen Leben legt man aber diese Bezeichnung nur Demjenigen bei, welcher, um Gewinn zu machen, Andern Kost verabreicht, und im Verhältnisse zum Kostreicher nennt man nur den einen Gast, welcher sich von einem gewerbsmäßig oder wenigstens aus Spekulation mit Verabreichung von Kost sich Befassenden verköstigen läßt. Derjenige aber, welcher aus persönlicher Rücksicht, wenn auch gegen Bezahlung, einen Andern in seine Familie aufnimmt und verpflegt, wird nicht Kostreicher, der so Verpflegte nicht Gast genannt. In Uebereinstimmung hiemit rechnen die Motive des Gesetzesentwurfs die in Ziff. 4 desselben (Ziff. 2 des Gesetzes) aufgeführten Forderungen zu Denjenigen, welche mit einem

Digitized by Google

Gewerbebetriebe des Forderungsberechtigten in unmittelbarem Zusammenhang stehen. [58] Es finden daher auch die Worte des Gesetzes, wenn man sie nur so auffaßt, wie sie im gewöhnlichen Leben gebraucht werden, auf Forderungen der fraglichen Art keine Anwendung.

Entscheidung des Obertribunals vom 18. Juni 1864 in der Appellationssache St. c. H.

14) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung der Vertragsgegenstände in der Vertragsurkunde. [59]

Die Eisenbahnverwaltung pflegt in ihren Grunderwerbungsverträgen die zu erwerbende Grundfläche stets nur mit ihrem vorläufig nach dem Bauplan bemessenen ungefähren Flächenmaß aufzuführen und eine genaue Feststellung der wirklich zum Bahnbau verwendeten Fläche durch Nachmessung, beziehungsweise die hienach sich richtende definitive Regulirung des Kaufschillings bis nach beendigtem Bahnbau vorzubehalten. In einem Spezialfall wurde die gerichtliche Bestätigung solcher Verträge aus dem Grunde verweigert, weil es an der genügenden Spezialisirung des Kaufsobjektes in der Vertragsurkunde und somit an einem durch das Liegenschaftsgesetz vom 23. Juni 1853 statuirten Erfordernisse fehle. Das Obertribunal war jedoch anderer Ansicht. Zwar, wurde gesagt, schreibt der Art. 2 des Liegenschaftsgesetzes vor, daß die Urkunde über einen Liegenschaftsverkauf die bestimmte Bezeichnung der Vertragsgegenstände enthalten muß. Allein die Grundstücke selbst, welche verkauft werden, sind in den abgeschlossenen Verträgen speziell bezeichnet, und wenn auch durch die in diesen Verträgen enthaltene Angabe des ungefähren Flächengehalts des zum Bau der Eisenbahn von den Grundstücken der Verkäufer erforderlichen Landes die

---

[58] Verh. der Kammer der Abg. von 1851/52 Beil.-Bd. I, S. 55.

[59] Dieses Archiv Bd. III, S. 140 ff.; Bd. VI, S. 181 ff.; Bd. VIII, S. 119 ff.; Bd. X, S. 434 f.; Tafel, Civilrechtssprüche Bd. III, S. 255 ff.; Bd. V, S. 230 f.

Digitized by Google

Größe der verkauften Grundstücke nicht absolut bestimmt ist, so ist dieselbe doch durch relative Merkmale (wirkliche Verwendung zum Bahnbau und Nachmaß) in einer solchen Weise bestimmt, daß ihre endliche Ausmittelung lediglich die Vollziehung des Vertrages betrifft und sich nach beendigtem Bahnbau mit Gewißheit ergeben muß. Eine solche relative Bestimmtheit des Vertragsgegenstandes ist aber in Fällen, wie die in Frage stehenden, als genügend zu betrachten. Es kann daher das gerichtliche Erkenntniß aus dem Grunde der ungenügenden Spezialisirung des Kaufsobjektes nicht verweigert werden. [60]

Beschluß des Obertribunals vom 26. September 1868 in der Beschwerdesache der K. Eisenbahnbaukommission bezüglich mehrerer Liegenschaftsverkäufe mit der Fr. v. E.'schen Gutsherrschaft.

15) Liegenschaftsgesetz; findet auf die reale Theilung gemeinschaftlichen Eigenthums, da dieß nicht unter den Begriff eines Tauschvertrages fällt, keine Anwendung.

Nach den Bestimmungen des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 sind Kauf- und Tauschverträge, welche Gebäude oder Grundstücke zum Gegenstand haben, an gewisse Förmlichkeiten und Beschränkungen gebunden. Die reelle Theilung gemeinschaftlichen Eigenthums ist jedoch mit einem Tauschvertrage nicht identisch und es finden daher die Bestimmungen des Liegenschaftsgesetzes auf solche Theilungen keine Anwendung. Man kann zugeben, daß derartige Rechtsgeschäfte insoferne mit einem Tausche zusammenfallen, als bei denselben der bisherige ideelle Antheil am Ganzen gegen das Alleineigenthum eines reellen Theiles ausgetauscht wird; allein es treten bei denselben noch andere Momente hervor, welche sie von einem gewöhnlichen Tausche unterscheiden. Bekanntlich besteht bei der Eigen-

[60] In derselben Weise hatte sich das Obertribunal schon am 16. Febr. 1861 aus Veranlassung einer ähnlichen Beschwerde der Eisenbahnbaukommission ausgesprochen.

Digitized by Google

thumsgemeinschaft die allseitige Obligation unter den Theilhabern, dieselbe durch Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums aufzulösen; jeder kann diese Forderung geltend machen auch wider den Willen des Anderen. Wenn nun einer der Theilhaber von diesem Rechte Gebrauch macht und der Andere diesem Verlangen, ohne daß die richterliche Hilfe in Anspruch zu nehmen ist, statt gibt, so erfüllt er lediglich eine schon bestehende Obligation; er will daher nicht wie bei einem gewöhnlichen Tausche ein Vermögensstück von beliebigem Werthe gegen ein anderes einem Dritten, mit dem er bisher in gar keinem Obligationsnexus gestanden ist, überlassen, sondern er will dem Miteigenthümer das Objekt gewähren, das er ihm zu gewähren gesetzlich verbunden ist. Eine Folge hievon ist, daß nach cst. 3 Cod. commun. utr. jud. (3,38), wenn die Parteien bezüglich der Ausmittelung des Antheils am gemeinschaftlichen Eigenthum sich im Irrthum befinden, eine außergerichtliche Theilung wegen jeder, auch nicht enormen, Verletzung angefochten werden kann.[61] Ebendeßhalb identifiziren auch schon die römischen Gesetze eine solche Theilung nicht mit einem Tausche, beziehungsweise Kaufe, sondern sagen nur, daß sie nach Analogie dieser Geschäfte behandelt werde. Denn anders können die cst. 1 Cod. loco cit. und die l. 20 §. 3 D. fam. erc. (10,2) ihrem Wortlaute nach nicht ausgelegt werden.[62] Ebenso sieht das württemb. Landrecht die Theilungen als etwas von Kauf- und Tauschverträgen Verschiedenes an, wenn dasselbe in Thl. II, Tit. 14, §. 1 derselben neben diesen Verträgen ausdrücklich Erwähnung thut.[63] Jedenfalls aber hat sich unsere heutige Gesetzessprache dahin fixirt, daß sie unter der Bezeichnung „Tauschverträge" die

---

[61] Vergl. Protokolle der Dresdener Kommission für deutsches Obligationenrecht Bd. IV, S. 2920 ff., Bd. VI, S. 4522 ff.

[62] Koch, Recht der Forderungen Bd. III, S. 553, 554.

[63] Vergl. auch Landrecht Thl. II, Tit. 9, §. 15; Tit. 16, §. 7.

Digitized by Google

Theilungen nicht begreift, so daß selbst, wenn man gewisse Arten der letzteren als eine Unterart des Tauschvertrages angesehen wissen wollte, dennoch dieselben nach der allgemein gebräuchlichen Terminologie unter jenem Ausdruck nicht mitbegriffen zu werden pflegen. Erwähnt daher ein Gesetz und vollends ein Ausnahmegesetz, als welches das Liegenschaftsgesetz nach seiner Tendenz erscheint, der Theilungen nicht besonders, so ist nach dem Sprachgebrauche anzunehmen, daß dasselbe auf diese Rechtsgeschäfte auch keine Anwendung finden solle, und dieß um so mehr, als bei der gegentheiligen Annahme alle diejenigen Erbtheilungen dem Gesetze unterliegen würden, bei welchen die Grundstücke reell getheilt werden, und trotzdem weder die Motive des Gesetzes, noch die Protokolle über die bezüglich derselben gepflogenen ständischen Berathungen auch nur eine Andeutung davon enthalten, daß Erbtheilungen demselben unterworfen sein sollten. Vielmehr beweist die Ausnahmebestimmung des Art. 11, Ziff. 4, daß man bei Erbtheilungen jede Beschränkung möglichst vermieden wissen wollte.

Entscheidung des Obertribunals vom 27. Juni 1864 in der Appellationssache B. c. W.

16) Liegenschaftsgesetz; Begriff der unter dasselbe fallenden Nebenberedungen.

Bei dem Abschlusse eines Kaufvertrages, durch welchen mehrere Gläubiger des Käufers die von ihnen im Gante des Letzteren erkauften Gebäude an diesen zurückverkauften, wurde zugleich die Verabredung getroffen, daß die Wiederverkäufer gegen den ihnen gewährten Mehrerlös auf die Nachforderung ihrer im Gante des Wiederverkäufers durchgefallenen Forderungen verzichten. Da die Kaufvertragsurkunde von dieser nur mündlich getroffenen Verabredung nichts enthielt, so entstand die Frage, ob solche nicht nach Art. 1 des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 wegen Mangels der schriftlichen Abfassung für nichtig zu erachten

Digitized by Google

sei. Es wurde dieß jedoch verneint und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe:

Der Art. 1 des Liegenschaftsgesetzes bestimmt, daß Kaufverträge über Gebäude oder Grundstücke, wenn nicht schriftlich abgefaßt, nichtig seien und daß dieß auch von allen auf einen solchen Vertrag sich beziehenden Nebenberedungen gelte. Unter Nebenberedungen sind, wie schon der Wortlaut ergibt, und durch die ständischen Verhandlungen bestätigt wird, solche Verabredungen zu verstehen, welche den außerwesentlichen Inhalt des Geschäftes, d. h. diejenigen Punkte betreffen, die zu den natürlichen oder zufälligen Bestandtheilen des Geschäftes gehören. Das Gesetz will also, daß sowohl der wesentliche als der außerwesentliche Inhalt des Kaufvertrages lediglich nach dem, was geschrieben ist, beurtheilt und daß mündliche Verabredungen, wodurch jener Inhalt in irgend einer Beziehung, erweiternd oder beschränkend, modifizirt würde, nicht berücksichtigt werden. Wäre nun die fragliche Verabredung der Kaufvertragsurkunde einverleibt worden, so wäre sie ein wirklicher Bestandtheil des Kaufvertrages selbst geworden und zwar ein solcher, durch welchen der Inhalt des Kaufvertrages in einem wesentlichen Punkte modifizirt worden wäre. Es wären dann zwei vertragsmäßige Leistungen der Verkäufer, die Ueberlassung der Liegenschaft und der Verzicht auf das Nachforderungsrecht, welche der Verpflichtung des Käufers zu Bezahlung des Kaufpreises als Gegenleistung gegenüberstünden. Die Verabredung ist aber ihrem Gegenstand nach keine solche, welche nur als Bestandtheil des Kaufvertrages selbst gedacht werden könnte. Sie kann auch als eine neben dem Kaufvertrag und außerhalb desselben existirende besondere Uebereinkunft, durch welche der Inhalt der durch den Kaufvertrag selbst begründeten Obligation nicht modifizirt wird, bei welcher es sich vielmehr nur darum handelt, welchen Einfluß der Kaufvertrag so, wie er in der Urkunde enthalten ist, auf ein anderes zuvor schon bestandenes Schuldver-

Digitized by Google

hältniß der Kontrahenten äußern soll (daß nämlich in Folge des Abschlusses des Kaufvertrages dieses andere Schuldverhältniß aufgehoben sein soll). Auch so betrachtet stehen zwar beide Verträge, der Kaufvertrag und der Nachlaßvertrag, in Beziehung zu einander, jedoch nur in der Art, daß jeder von ihnen mit Rücksicht auf den andern eingegangen wurde, daß der eine der Beweggrund zur Eingehung des andern war. Nichts desto weniger aber bestehen sie so, wie sie abgeschlossen wurden, als zwei abgesonderte Verträge neben einander, von denen jeder nach den für seine Gattung geltenden gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Juni 1864 in der Appellationssache K. c. Z.

17) Bürgschaft für eine künftige Schuld; Kündigungsbefugniß.

Jakob Z. hatte sich am 19. Januar 1865 dem Simon S. für ein von diesem den Traiteur B.'schen Eheleuten zu gewährendes Anlehen von 1000 fl. als Bürge, Selbstschuldner und Selbstzähler verbindlich gemacht und Simon S. hatte in Folge dessen das Darlehen den B.'schen Eheleuten gegeben. Nachdem letztere in Gant gerathen und der Darleiher in diesem Gante mit seiner Forderung durchgefallen war, belangte dieser den Bürgen Z. auf Rückzahlung des Darlehens. Dieser wandte unter Anderem ein, daß er die Bürgschaft schon am 20. Januar 1865, ehe das Darlehen gegeben worden, dem Simon S. wieder gekündigt habe und er durch diese Kündigung von der Bürgschaft frei geworden sei, da der Bürge, welchem die gleichen Rechte wie dem Hauptschuldner zustehen, solange, als das Anlehen nicht ausbezahlt sei, von der Bürgschaft beliebig einseitig wieder zurücktreten könne, was die Gesetze — l. 57, l. 6, §. 2 D. de fidejuss. (46,1) — mit dem Satze ausgesprochen, daß der Bürge überhaupt nicht belangt werden könne, wenn die Schuld, für welche er

Digitized by Google

Bürgschaft geleistet habe, nicht existent geworden sei. Diese Einwendung wurde jedoch nicht für gegründet erachtet und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Wenn es auch richtig ist, daß der Darlehensvertrag als ein Realkontrakt nicht früher perfekt, existent, wird, als bis der Gläubiger dem Schuldner das anzuleihende Geld gegeben hat, so folgt hieraus doch noch keineswegs, daß die hier in Frage stehende Uebereinkunft zwischen dem Kläger und dem Beklagten, wodurch der Letztere sich Ersterem als Bürge für das einem Dritten zu gebende Anlehen von 100 fl. unbedingt verpflichtet hat, nicht sofort mit ihrem Abschlusse für die Kontrahenten zum bindenden Vertrage geworden ist. Denn der Bürgschaftsvertrag wird jetzt nach dem Wegfall der römischen Stipulationsform wie jeder gewöhnliche Vertrag ohne besondere Form durch die beiderseitige Einwilligung der Paziszenten perfekt und daß er ebensowohl für eine schon bestehende, als für eine erst künftige Schuld giltig eingegangen werden kann, sagt die l. 6, §. 2 D. de fidejuss. (46,1) ausdrücklich: „Adhiberi autem fidejussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest, dummodo sit aliqua, vel naturalis, futura obligatio.“ Es muß nur eine Prinzipalobligation existiren oder existent werden, für welche der Bürge zur größeren Sicherheit des Gläubigers durch den eingegangenen Bürgschaftsvertrag sich mitverpflichtet, zu der er vermöge der accessorischen Natur der Bürgschaft als mitverbindlich hinzutritt. Allerdings kann ein solcher Bürge für eine zukünftige Schuld vor dem Existentwerden der letztern, ehe also das zu gewährende Darlehen gegeben, ausbezahlt ist, aus der nur für den Fall des Zustandekommens der Hauptobligation eingegangenen Bürgschaft nicht belangt werden. Dieß allein verordnet die von dem Beklagten für die angebliche Unverbindlichkeit der übernommenen Bürgschaft hervorgehobene l. 57 D. eod. tit. in den Worten: „Fidejussor antequam reus debeat, conveniri non potest.“

Digitized by Google

Keineswegs aber steht es hiernach in dem Belieben des Bürgen, sich von der für einen gewissen Fall, nämlich des Zustandekommens des Anlehens, bestimmt und unbedingt übernommenen Bürgschaftsverbindlichkeit durch einseitige Kündigung zu befreien, vielmehr bleibt er an den mit dem Gläubiger gerade für das Existentwerden der Hauptschuld giltig abgeschlossenen Bürgschaftsvertrag unzweifelhaft gebunden, bis das Nichtzustandekommen des Anlehens zur Gewißheit geworden ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Juli 1868 in der Appellationssache Z. c. S.

18) Mäklerlohn; Voraussetzungen für den Anspruch auf solchen.[64]

Ein Mäklerlohn kann nicht gefordert werden, wenn das beabsichtigte Geschäft nicht zu Stande gekommen ist, wobei es nicht darauf ankommt, daß der Beauftragte Alles, was in seiner Macht stand, gethan hat, das Geschäft jedoch aus irgend einem andern Grunde, sei es auch nur, weil der Auftraggeber dasselbe schließlich nicht seinem Interesse entsprechend gefunden hat, nicht zum Abschluß gekommen ist.[65] In solchem Falle kann vielmehr, soweit dieß im einzelnen Falle statthaft ist, der Beauftragte aus dem Mandatsverhältnisse nur eine nach der Größe der einzelnen Dienstleistungen und Auslagen bemessene Vergütung ansprechen, deren Zuerkennung aber, mag dieselbe nun lediglich je für die einzelnen Dienste und Auslagen ausgeworfen werden, oder mag sie auf Grund derselben als Vergütung in runder Summe zugelassen werden, noth-

---

[64] Vergl. dieses Archiv Bd. XI, S. 180 f.

[65] Sintenis, Civilrecht, 1. Aufl., §. 119, Note 5; Holzschuher, Theorie Bd. II, Abth. 2, S. 805; Seuffert, Archiv Bd. X, Nro. 43, vergl. Bd. II, S. 231; Pöhls, Handelsrecht Bd. I, S. 119; Brinkmann, Handelsrecht §. 121, VI, S. 477; Laband in Reyschers Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XX, S. 6, 29.

Digitized by Google

wendig auf eine spezifike Liquidation der einzelnen Dienstleistungen und ihres Werthes, des Aufwands an Zeit, Mühe und Geld, sowie der hieraus resultirenden Einzelforderungen, welche entweder den unmittelbaren Gegenstand des Anspruchs oder doch die Grundlage der Gesammtforderung bilden, voraussetzt.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Oktober 1863 in der Appellationssache St. c. v. K.

19) Bedeutung der für die Ablösbarkeit von Leistungen für öffentliche Zwecke aufgestellten Voraussetzung der Verknüpfung der Leistung mit einem Vermögensbesitz; Anwendung auf die Leistung einer Holzabgabe seiten einer Gemeinde zur Pfarrbesoldung.

Nach Art. 1 des Gesetzes vom 19. April 1865 unterliegen Leistungen für öffentliche Zwecke, namentlich für Kirche, Schule, Armenunterstützung, wenn sie mit dem Besitze einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände als bleibende Last verknüpft und nicht in den heutigen staatsrechtlichen Verhältnissen begründet sind, auf Verlangen der Berechtigten oder der Verpflichteten der Ablösung. Auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmung verlangte die Gemeinde D., welche unbestrittenermaßen zur Besoldung des Pfarrers zu D. jährlich 14 Klftr. Scheiterholz, und 350 Wellen abzugeben hat, die Ablösung dieser Last, und klagte, da seiten der Pfarrstelle die Ablösbarkeit bestritten wurde, auf Anerkennung der Verbindlichkeit der Pfarrstelle zur Gestattung der Ablösung. Die Richter der beiden ersten Instanzen erachteten die Klage für begründet, das Obertribunal dagegen war anderer Ansicht und wies die Klage ab. Die Gründe des Obertribunals waren folgende:

Die Ablösung einer Verbindlichkeit kann auf den Grund der angeführten gesetzlichen Bestimmung nur beansprucht werden, wenn es sich 1) um die Verbindlichkeit zu

Digitized by Google

einer Leistung und zwar 2) einer Leistung für öffentliche Zwecke handelt, welche 3) nicht in den heutigen staatsrechtlichen Verhältnissen begründet, 4) mit dem Besitze einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände verknüpft und zwar, 5) als bleibende Last verknüpft ist. Nur wenn diese sämmtlichen Erfordernisse zusammentreffen, unterliegt die Verbindlichkeit der Ablösung. Nun fehlt es aber, wie es sich auch mit den übrigen Erfordernissen verhalten möge, in vorliegendem Falle jedenfalls an der Verknüpfung der fraglichen Verbindlichkeit mit dem Besitze einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände als einer bleibenden Last.

Das Gesetz bestimmt, daß nur die als bleibende Last mit dem Besitze bestimmter Vermögensgegenstände verknüpften Verbindlichkeiten der Ablösung unterliegen sollen. Hiemit ist, wenn man zunächst auf die Worte des Gesetzes sieht, zweierlei klar ausgesprochen, einmal, daß die Verbindlichkeit an den Besitz der fraglichen Vermögensgegenstände geknüpft sein muß, somit nur eine solche Verbindlichkeit ablösbar ist, welche dem Besitzer der fraglichen Vermögensgegenstände als solchem und um seines Besitzes willen obliegt, also durch den Besitz dieser Vermögensgegenstände bedingt ist, und zweitens, daß die Verbindlichkeit eine mit den fraglichen Vermögensgegenständen bleibend verknüpfte Last sein muß. Hieraus folgt, daß sie jedem Besitzer der Vermögensgegenstände als solchem obliegen muß, da andernfalls von einer mit dem Besitze verknüpften bleibenden Last keine Rede sein könnte. Wenn es daher auch nicht gerade erforderlich ist, daß die Verbindlichkeit, um ablösbar zu sein, als dingliche Last auf den fraglichen Vermögensgegenständen ruhe, so wird doch nach den ausdrücklichen Gesetzesworten jedenfalls erfordert, daß die Verbindlichkeit an den Besitz jener Vermögensgegenstände bleibend geknüpft und durch diesen Besitz bedingt, somit eine Verbindlichkeit sei, bei welcher die Person des Verpflichteten durch den Besitz der fraglichen Vermögens-

Digitized by Google

gegenstände bestimmt wird. Denn die Verknüpfung der Verbindlichkeit mit dem Besitze gewisser Vermögensgegenstände und daß die Verbindlichkeit als eine bleibende Last mit diesem Besitze verknüpft sei, erklärt das Gesetz mit ausdrücklichen Worten als die wesentliche Voraussetzung für die Ablösbarkeit der fraglichen Verbindlichkeiten.

Sprechen hiernach die Worte des Gesetzes klar und unzweideutig, so müßte, um eine andere Auslegung zuzulassen, der entschiedenste Beweis geführt werden, daß der wahre Sinn und Inhalt des Gesetzes ein anderer sei, als derselbe nach seinen Worten sich darstellt. Dies ist aber nicht der Fall. Zwar war bei Berathung des Gesetzes darüber kein Streit, daß wie solches einerseits auf rein obligatorische, mit einem Vermögensbesitz in keiner rechtlichen Beziehung stehende Verbindlichkeiten nicht auszudehnen sei, so andererseits die obligatorische Form, in welcher eine zu dem Besitze eines gewissen Vermögens in rechtlicher Beziehung stehende Verbindlichkeit erscheine, kein Hinderniß bilde, sie unter das Gesetz zu stellen.[66] Als wesentlich wurde aber stets die rechtliche Beziehung der Verbindlichkeit zu einem von dem Pflichtigen besessenen Vermögen in den Vordergrund gestellt, und daß diese rechtliche Beziehung von den gesetzgebenden Faktoren nicht in einem andern Sinne verstanden wurde, als nach dem bereits Ausgeführten die Worte des Gesetzes ergeben, dafür spricht insbesondere die von keiner Seite widersprochene Erklärung des Berichterstatters der Ablösungskommission der Kammer der Abg. in der Sitzung vom 17. Januar 1865. Denn, erklärte derselbe, soweit man auch gehen möge, sei immer das festzuhalten, daß die betreffenden Leistungen eine bestimmte Beziehung zu einem Vermögensbesitz haben müssen, sei es, daß sie als Reallasten im eigentlichen Sinne des Wortes auf einem Grundbesitze

---

[66] Verh. der Kammer der Abg. von 1862—65, Beil. Bd. I, Abth. 3, S. 2057, 2058; Prot. Bd. III, S. 1963, 1967.

Digitized by Google

ruhen, sei es, daß ein gewisser Besitz die rechtliche Veranlassung zu diesen Leistungen sei und die Verbindlichkeit zu denselben begründe, sei es, daß durch die Inkammeration oder Inkorporation eines gewissen Vermögenskomplexes gegenüber von Denjenigen, zu dessen Gunsten dieselbe vorgenommen worden, die Verbindlichkeiten entstanden seien.[67] Hiemit ist ausgesprochen, wie dieß auch die Worte des Gesetzes selbst besagen, daß die Verbindlichkeit, wenn sie nicht als eine dingliche Last sich darstelle, jedenfalls ihre rechtliche Veranlassung und ihren Grund in dem Besitze gewisser Vermögensgegenstände haben, die Verbindlichkeit somit, um ablösbar zu sein, in dem fraglichen Vermögensbesitze begründet und durch solchen bedingt sein müsse, wie dieß auch bei Inkorporationen und Inkammerationen, soweit eine Verbindlichkeit durch solche begründet wird, der Fall ist.

Der Richter zweiter Instanz hat angenommen, daß Leistungen einer Gemeinde auch dann unter das Gesetz zu stellen seien, wenn sie von der Gemeinde nur in irgend einer Weise wegen ihres Realitätenbesitzes übernommen worden, oder wenn der Besitz von Vermögensgegenständen bestimmter Art sowohl als der thatsächliche Anlaß zu Uebernahme der Last zu betrachten sei, als auch die rechtliche, nicht blos faktische Sicherung für die immerwährende Leistung bilde. Allein diese Ansicht erscheint mit den Worten des Gesetzes nicht als vereinbar und geht über dasselbe hinaus. Denn wenn auch für eine Gemeinde der Besitz gewisser Vermögensgegenstände den thatsächlichen Anlaß oder den Beweggrund zu der Uebernahme einer Verbindlichkeit abgegeben hat, so wird hiedurch allein die Verbindlichkeit nicht an jenen Vermögensbesitz geknüpft oder durch denselben bedingt, noch weniger als bleibende Last mit diesem Besitze verbunden, so daß solche auf jeden Besitzer als solchen übergehen würde. Vielmehr erscheint

---

[67] Ebendaselbst Prot. Bd. III, S. 1963.

Digitized by Google

hier die Verbindlichkeit der Gemeinde als eine rein obligatorische und es kann der Beweggrund, welcher die Gemeinde zur Uebernahme der Verbindlichkeit veranlaßte, hieran nichts ändern. Eine rechtliche Beziehung zu dem Vermögensbesitze der Gemeinde ist hier überall nicht vorhanden. Wenn aber der Richter zweiter Instanz das Gesetz weiter auf diejenigen Fälle ausdehnen will, wo der Besitz gewisser Vermögensgegenstände die rechtliche, nicht blos faktische Sicherung der von einer Gemeinde übernommenen Verbindlichkeit bilde, so müßte zuerst festgestellt werden, welches Rechtsverhältniß hier unterstellt, was unter der rechtlichen Sicherung verstanden wird. Thatsächlich dient allerdings jeder Vermögensbesitz des Pflichtigen zur Sicherung der ihm obliegenden Verpflichtungen. Soll aber der Vermögensbesitz des Pflichtigen zur rechtlichen Sicherung einer bestimmten Verbindlichkeit dienen, so bedarf es hiezu einer dinglichen Verhaftung des betreffenden Vermögensgegenstandes.

Erscheinen dem Ausgeführten zu Folge nur solche Verbindlichkeiten als ablösbar, welche jedem Besitzer gewisser Vermögensgegenstände als solchem obliegen, so fragt es sich weiter, ob die Verbindlichkeit in Frage zu diesen Verbindlichkeiten zu rechnen ist. Dies muß aber verneint werden.

Ueber die Entstehung und den Rechtsgrund der Verbindlichkeit der klägerischen Gemeinde zur Abgabe des fraglichen Besoldungholzes ist nichts bekannt. Die Klägerin behauptet aber, daß nach der Natur der Sache, wie nach den vorliegenden Urkunden, das Holz aus den Gemeindewaldungen abzugeben und ebendamit die Verbindlichkeit zur Abgabe des Holzes mit dem Besitze des Gemeindewaldes als bleibende Last verknüpft, die Verbindlichkeit eine auf dem Gemeindewald radizirte Reallast sei. Hiefür fehlt es jedoch an zureichenden Beweisen. Zwar ist in den Bürgermeisterrechnungen von 1807/10 und 1819/65 der Eintrag enthalten, daß der dortige Pfarrer das frag-

Digitized by Google

liche Besoldungsholz aus der Kommunwaldung zu beziehen habe und die Rechnungen ergeben, daß das Holz bis 1820 in Natur abgegeben worden ist, während seit 1821 der Pfarrer das Holz nur theilweise in Natur bezog und für das Uebrige eine Geldentschädigung aus der Gemeindekasse erhielt. Weiter ist in dem in den 50er Jahren errichteten Güterbuch der Gemeinde D. angeführt, daß der Pfarrer an Besoldung aus der Gemeindepflege beziehungsweise aus dem Gemeindewald 16 Klftr. Scheiterholz und 400 Wellen beziehe, und endlich ist auch seiten der Pfarrei selbst in den Verhandlungen vom Jahr 1866 vor dem Forstamt B. über die Größe der Holzabgabe mehrfach angegeben worden, daß die Pfarrei das Holz aus den Gemeindewaldungen zu beziehen habe, wogegen in den Pfarrbeschreibungen von 1823, 1838 und 1861 nur gesagt ist, daß die Pfarrei das fragliche Besoldungsholz von der Gemeinde auf dem Stocke anzusprechen, Macher- und Fuhrlohn aber der Pfarrer zu bestreiten habe. Allein wenn auch hiedurch als dargethan angenommen werden kann, daß seit 1807, insoweit als das Besoldungsholz von den Pfarrern in Natur bezogen worden, die Gemeindewaldung thatsächlich die Bezugsquelle gebildet hat, und die Betheiligten übereinstimmend davon ausgegangen sind, daß das Holz aus der Gemeindewaldung zu verabreichen sei, so ist damit der Beweis einer rechtlichen Verknüpfung der Verbindlichkeit mit dem Gemeindewald nicht geliefert. Die Verbindlichkeit der Gemeinde kann eine rein obligatorische sein, auch wenn sie sich verbindlich gemacht hat, das fragliche Besoldungsholz dem Pfarrer aus ihren jeweiligen Gemeindewaldungen abzugeben, und aus der Existenz einer solchen Verbindlichkeit folgt keineswegs, daß diese an den Besitz der Waldungen geknüpft und durch diesen bedingt ist. Die klägerische Gemeinde hat auch selbst nicht zu behaupten vermocht, daß der Besitz der Waldungen den Grund ihrer Verbindlichkeit bilde, was auch die innere Wahrscheinlichkeit gegen sich hat, und daß die Verbindlichkeit daher mit den Waldungen auf

Digitized by Google

jeden Besitzer übergehen würde. Dieser Beweis aber müßte nach dem oben Ausgeführten geliefert sein, um die Verbindlichkeit für ablösbar erklären zu können. Auch der Richter zweiter Instanz hat nicht als erwiesen angenommen, daß die Verbindlichkeit der Klägerin zur Abgabe des Holzes durch den Besitz der Gemeindewaldungen bedingt sei und daß sie durch deren Veräußerung der Verbindlichkeit ledig würde. Derselbe geht vielmehr davon aus, daß in der Verpflichtung der Klägerin, das fragliche Holz aus dem Gemeindewald an den Pfarrer abzugeben, die weitere Verpflichtung inbegriffen sei, stets einen in der Nähe gelegenen Wald zu haben, aus welchem das schuldige Holzquantum abgegeben werden könne, woraus dann die Berechtigung der Pfarrstelle zur Einsprache gegen eine ihre Befriedigung beeinträchtigende Verringerung ihres Waldbesitzes folge. Hierin wird dann die Verknüpfung der Verbindlichkeit der Gemeinde mit dem Besitze des Gemeindewaldes gefunden. Allein schon die Annahme einer Verpflichtung der Gemeinde, stets einen in der Nähe gelegenen Wald zu haben, ist bei Unterstellung einer blos obligatorischen Verpflichtung der Gemeinde zur Abgabe des Besoldungsholzes nicht haltbar, und nicht abzusehen ist, wie die Pfarrstelle auf Grund eines persönlichen Anspruchs auf die Abgabe von Holz eine rechtliche Einsprache gegen die Veräußerung der Gemeindewaldung sollte erheben können, während sie hiezu nicht einmal im Falle eines dinglichen Anspruchs unbedingt berechtigt wäre. Wenn aber selbst eine Verpflichtung der Gemeinde D. zum Besitze von Waldungen sich begründen ließe, so wäre damit die fragliche Verbindlichkeit zur Abgabe des Besoldungsholzes nicht an einen bestimmten Vermögensbesitz geknüpft, es würde auch in diesem Falle die fragliche Verbindlichkeit unabhängig von dem Waldbesitze für sich bestehen, und nicht die Verbindlichkeit zur Holzabgabe wäre an den Waldbesitz geknüpft, sondern es wäre die Verbindlichkeit zum Waldbesitz eine Folge der Verbindlichkeit zur Holz-

Digitized by Google

abgabe, und zwar wäre es nicht einmal der Besitz eines bestimmten Waldes, der hier in Frage käme, sondern der Besitz von Wald überhaupt, so daß von einer rechtlichen Verknüpfung der Verbindlichkeit der klägerischen Gemeinde zur Holzabgabe an die Pfarrei mit dem Besitze eines bestimmten Waldes selbst vom Standpunkte des Richters zweiter Instanz keine Rede sein könnte, und noch weniger sich absehen ließe, wie auf diese Weise angenommen werden könnte, daß die fragliche Verbindlichkeit als bleibende Last mit einem bestimmten Vermögensbesitze verknüpft sei.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. März 1869 in der Appellationssache der Pfarrstelle zu D. c. die Gemeinde D.

20) Der Besitz von kirchlichem Vermögen begründet für sich nicht die Verbindlichkeit, sämmtliche Kultbedürfnisse der betreffenden Kirche in Ermangelung zureichender Mittel der Kirchenfabrik zu bestreiten.

Eine gesetzliche Verbindlichkeit des dritten Besitzers von kirchlichem Vermögen, in Ermangelung zureichender Mittel der Kirchenfabrik, die Kosten der gesammten Kultbedürfnisse der Kirche, von welcher das Vermögen herrührt, zu tragen, besteht, wie das Obertribunal stets angenommen hat, nicht. Denn wenn auch das Kirchenvermögen, so lange es im Besitze der Kirche selbst sich befindet, nicht blos zur Erbauung, Erhaltung und Wiederherstellung der Kirchengebäude, sondern zu Bestreitung sämmtlicher Bedürfnisse der Kirche und insbesondere auch der Kultbedürfnisse zu dienen hat, so ist die gesetzliche Verbindlichkeit des dritten Besitzers von kirchlichem Vermögen enger begrenzt, als dessen ursprüngliche Bestimmung. Jene Verbindlichkeit hat ihren Grund in den kanonischen Satzungen, in diesen aber ist eine allgemeine Verbindlichkeit des dritten Besitzers von kirchlichem Vermögen zu Tragung der Kosten sämmtlicher Kultbedürfnisse nirgend ausgesprochen. Insbesondere legt das tridentinische Konzil sessio XXI, cap. 7

Digitized by Google

de ref. dem dritten Besitzer des Vermögens einer Pfarrkirche nur die Verbindlichkeit zu deren baulichen Erhaltung und Wiederherstellung auf, ohne einer Verbindlichkeit zu Tragung der Kultbedürfnisse zu erwähnen. Zwar ist schon versucht worden, aus den Eingangsworten der angeführten Stelle des tridentinischen Konzils: „cum illud quoque valde curandum sit, temporum injuria obsolescant, et ex hominum memoria excedant" eine Ausdehnung der Verbindlichkeit des dritten Besitzers von kirchlichem Vermögen auf alle Kultbedürfnisse zu begründen, da hier im Allgemeinen von der Sorge für Erhaltung der zum Gottesdienst bestimmten Sachen die Rede ist. Allein die angeführten Worte enthalten nur das Motiv für die darauf folgende Disposition und in dem dispositiven Theil selbst ist ausschließlich nur von der Verbindlichkeit zu Tragung der kirchlichen Baulast die Rede. [68] Das Bestehen einer angeblichen Observanz in der vormaligen Diözese des Bisthums Konstanz, wonach jeder dritte Inhaber des Kirchenvermögens für die gesammten Kultkosten der betreffenden Kirche subsidär einzutreten verbunden sein soll, [69] hat das Obertribunal niemals angenommen. [70]

Entscheidung des Obertribunals vom 15. März 1869 in der Appellationssache der K. St.-F.-V. c. die Kirchengemeinde G.

21) Bemessung der zu Kirchenbauzwecken verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen. [71]

Für die Bemessung der zu Kirchenbauzwecken verwendbaren Mittel des prinzipal Baupflichtigen bestehen gesetz-

---

[68] Dieses Archiv Bd. II, S. 66 ff.; Seuffert, Archiv Bd. XIV, Nro. 48.

[69] Tafel, Civilrechtssprüche Bd. III, S. 39.

[70] Dieses Archiv Bd. II, S. 69, Note 24.

[71] Ueber die Kompetenz der Administrativ- und der Justizbehörden bei Streitigkeiten über die Zulänglichkeit des prinzipal baupflichtigen Vermögens vergl. meine Ausführung in diesem Archiv Bd. II, S. 30 ff.; Bd. IV, S. 135 ff.

Digitized by Google

liche Vorschriften nicht. Der Normalerlaß des K. Ministeriums des Innern vom 18. Juli 1854[72] ist kein Gesetz. Die Vorschriften des Art. 30 des Zehntablösungsgesetzes vom 17. Juni 1849 sind nur für die Berechnung des Zehntabfindungskapitals gegeben und finden, wie das Obertribunal schon früher ausgesprochen hat,[73] auf die Bemessung der verwendbaren Mittel des prinzipal Verpflichteten keine Anwendung. Dieser Satz folgt aus dem Gesetze selbst, welches über die Bemessung der verwendbaren Mittel (Art. 34) keine Normen aufstellt, insbesondere die Vorschriften für die Lastenabfindung (Art. 30) eben nur hiefür, nicht auch für die Berechnung der verwendbaren Mittel ertheilt, und er folgt nicht minder aus der die analoge Anwendung des Art. 30 ausschließenden Verschiedenheit der Fälle selbst. Der Art. 30 handelt von der Abfindung der Zehntlast in dem gesetzlich vorgeschriebenen Maßstab, welcher sowohl in Betreff des Verhältnisses der Abfindung zu der abzufindenden Jahresleistung selbst einfach gesetzlich vorgeschrieben und mit dem wahren Werthe dieser Leistung nicht nothwendig zusammenfallend ist. Bei der Anwendung des Art. 34 dagegen handelt es sich nicht von Abfindung der prinzipalen Baulast, sondern von Festsetzung der dem prinzipal Baupflichtigen zur Erfüllung dieser Baupflicht zu Gebot stehenden Mittel, was in Ermanglung abweichender gesetzlicher Vorschriften eben nur nach dem wirklichen Stande der Mittel des prinzipal Baupflichtigen, nicht nach dem zufälligen Ablösungsmaßstab für die allein abzufindende subsidiäre Baulast erfolgen kann. Die Vorschriften des Art. 30 beruhen nicht auf allgemeinen Prinzipien; vielmehr beruhen sie, wie das Gesetz selbst zeigt und die Motive zu den Art. 27—30 ausdrücklich

[72] Dieses Archiv Bd. IV, S. 139 ff.

[73] Meine Ausführung in diesem Archiv Bd. IV, S. 136 ff.; Entsch. des Obertribunals vom 28. Dezember 1859 in Sachen der Fürstl. St.-H. F. c. Stiftungspflege H. und vom 9. Mai 1863 in Sachen der Fürstl. St.-H. F. c. Hoch-M.

Digitized by Google

sagen,[74] auf der von der Gesetzgebung angenommenen Nothwendigkeit, die Zehntlastenabfindung in Uebereinstimmung mit der Zehntablösung zu bringen, deren Grundsätze bekanntlich nicht aus allgemeinen Prinzipien, sondern aus der Erwägung außerordentlicher Zeitverhältnisse geflossen sind. Sollte hienach der Fall eintreten können, daß für die Berechnung des Jahresbetrages derselben Leistungen bei Ausmittelung der verwendbaren Mittel des prinzipal Verpflichteten und bei Festsetzung der Abfindungssumme für die Verbindlichkeit des subsidiär Verpflichteten verschiedene Grundsätze in Anwendung zu bringen wären, so wäre dieß ohne Belang, weil die Feststellung der Abfindung für die aufgehobene subsidiäre Zehntlast und die Bemessung der Mittel zur Erfüllung der fortbestehend bleibenden prinzipalen Last nicht gleichartige Rechtsverhältnisse sind. Vielmehr ist der Civilrichter mit der ihm in dem Art. 34 vorgezeichneten Aufgabe lediglich an allgemeine Grundsätze und die Natur der Sache verwiesen, und es ist diese Aufgabe dahin aufzufassen, daß zunächst, ausgehend von dem Zeitpunkt der Zehntablösung und Lastenabfindung eine soweit immer möglich sichere und nachhaltige Feststellung der künftigen Einnahmen und Ausgaben zu suchen ist, wobei je nach der Beschaffenheit der einzelnen Posten entweder der Zustand zur Zeit des Anfangstermins, oder Schätzung durch Sachverständige, oder die Erfahrung einer vorangegangenen Zeit für sich oder miteinander maßgebend sein werden und, soweit der letztere Faktor mitzuwirken hat, auch der in dem Art. 30 und in dem Normalerlaß des Ministeriums des Innern vorgeschriebene Durchschnitt als Gewähr der Erfahrung eines längeren Zeitraums unbedenklich als zweckmäßig berücksichtigt werden kann.

Entscheidung des Obertribunals vom 11. Juli 1863 in der Appellationssache der fürstl. Standesherrschaft F. c. die Stiftungspflege H.

---

[74] Schwarz, Zehntablösungsgesetz Heft I, S. 78.

Digitized by Google

22) Die Braut, welche erst nach Eingehung des Eheverlöbnisses von einem früheren Unzuchtsvergehen ihres Verlobten Kenntniß erhält, ist auf Grund dessen zum Rücktritt von dem Verlöbnisse berechtigt.

Der von einem verlassenen Bräutigam gegen seine gewesene Verlobte erhobenen Entschädigungsklage wegen einseitigen Rücktritts derselben von dem Eheverlöbniß hatte diese entgegengehalten, daß sie zu dem Rücktritt berechtigt gewesen sei, weil sie erst nach Eingehung des Verlöbnisses erfahren habe, daß der Kläger sich zuvor mit einem andern Mädchen geschlechtlich vergangen und ein Kind mit demselben gezeugt habe. Der Gerichtshof zu Ellwangen sowohl, als das Obertribunal fand diesen Einwand gegründet, und es besagen dießfalls die Gründe zu der Entscheidung des Gerichtshofes zu Ellwangen vom 27. März 1868 Folgendes:

„Nach der Ansicht bewährter Schriftsteller des gemeinen Rechtes, welche auch bei den vaterländischen Gerichten Eingang gefunden hat, und insbesondere schon wiederholt bei dem Gerichtshofe zu Ellwangen zur Geltung gekommen ist, berechtigt eine von dem Verlobten vor Eingehung des Verlöbnisses begangene Unzucht den andern Verlobten zum Rücktritt, vorausgesetzt, daß der Letztere von diesem Fehltritt nicht schon vor Eingehung des Verlöbnisses Kenntniß gehabt hatte, und zwar gilt dieß ebensowohl für die Braut als für den Bräutigam.[75] Zwischen höheren oder niederen Ständen einen Unterschied zu machen,[76] liegt überall kein Grund vor, da, wenn auch nach der Erfahrung nicht in allen Ständen die dießfallsigen Anforderungen gleich strenge eingehalten zu werden pflegen, doch Niemanden das Recht bestritten werden kann, für sich und seinen Ehegatten die von der

[75] Glück, Kommentar Bd. XXII, S. 432; Holzschuher, Theorie Bd. I, S. 491; Keller, Pand. S. 728; Hufnagel, Mitth. Bd. I, Nro. 87.

[76] Vergl. Seuffert, Archiv Bd. V, S. 225.

Digitized by Google

Kirche gleichmäßig und allgemein gebotene Integrität in Anspruch zu nehmen. Daß aber die Beklagte für ihre Person sich zu laxeren Grundsätzen bekenne, hat der Kläger nicht dargethan .... Zwar ist nun der Kläger des Dafürhaltens, Sache der Beklagten sei es, zu beweisen, daß sie jenen bei Eingehung des Verlöbnisses für einen unbescholtenen Jüngling gehalten und erst nachher den von ihm zugestandenen Fehltritt in Erfahrung gebracht habe. Es konnte jedoch diese Feststellung der Beweislast nicht für die richtige erkannt werden. Abgesehen davon, daß die Beklagte nach der Natur der Sache eines besonderen Nachweises dafür, daß sie den Kläger für unbescholten hielt, nicht bedarf, da sie berechtigt war, dessen Unbescholtenheit vorauszusetzen, so ergibt sich die Unrichtigkeit der klägerischen Aufstellung auch schon daraus, daß es als eine Einschränkung des im Allgemeinen durch die Verfehlung des Verlobten begründeten Rechtes des Andern, von dem Verlöbnisse zurückzutreten, erscheint, wenn solches dem andern Theile im Falle bereits vor Eingehung des Verlöbnisses erlangter Kunde von der stattgehabten Verfehlung nicht zugelassen wird, nach den allgemeinen Beweisregeln aber solche Einschränkungen als die Ausnahme von der gesetzlichen Regel stets besonders nachgewiesen werden müssen. Dafür nun aber, daß die Beklagte schon vor dem Eheverlöbniß von jener Verfehlung des Klägers Kunde erlangt gehabt habe, hat der Letztere nicht den mindesten Beweis geliefert. Ebensowenig hat derselbe Thatsachen vorzubringen gewußt, aus denen zu entnehmen wäre, daß die Beklagte jene Verfehlung, nachdem sie solche nach erfolgtem Verlöbniß erfahren gehabt hatte, dem Kläger verziehen habe."

Das Obertribunal erkannte rejektorisch, und in den Gründen zu dessen Erkenntniß wurde ausgeführt:

Der Kläger hat unumwunden eingeräumt, daß er im J. 1864 mit einem Mädchen Namens Friederike M. von N. geschlechtlichen Umgang gehabt und von ihr als Vater

Digitized by Google

ihres hernach geborenen Kindes angegeben worden sei. Er glaubt jedoch, daß, wenn die Beklagte hievon auch erst nach Eingehung des Eheverlöbnisses mit ihm Kenntniß erhalten haben sollte, dieß nach den dermaligen sittlichen Anschauungen des Landvolks einen gerechten Grund zum Rücktritt von dem Verlöbnisse für die Beklagte nicht abgegeben habe. Allein darauf, ob man sich im Landvolke mehr oder weniger über derartige Vorgänge wegzusetzen pflegt oder nicht, kommt es bei der Frage, ob ein Landmädchen im einzelnen Falle zum Rücktritt von dem Verlöbniß berechtigt gewesen, nicht an, sondern nur darauf, ob, wenn ein Mädchen sich nicht darüber wegsetzen will, daß ihr Verlobter zuvor mit einem andern Mädchen geschlechtlichen Umgang gepflogen und ein Kind erzeugt hat, die erst nach Eingehung des Verlöbnisses ihr hievon gewordene Kunde sie zum Rücktritt von demselben berechtigt. Dieß muß aber bejaht werden. Man kann von einem Mädchen, welches mit einem Manne in die Ehe zu treten sich entschließt, nicht verlangen, daß sie über einen Vorgang der fraglichen Art in dem Vorleben dieses Mannes hinwegsehe, wenn dieß auch im Leben noch so häufig geschehen mag, da ein solcher Vorgang je nach der Individualität des Mädchens nicht nur Abneigung derselben hervorrufen, sondern auch aus anderen Gründen die Befürchtung einer nicht glücklichen Ehe erwecken kann, und dieß selbst dann, wenn wie im vorliegenden Falle das von dem Verlobten früher geschwängerte Mädchen nebst deren Kind inzwischen gestorben ist. Ebendaher kann anderer Seits von dem Manne, welcher ein Mädchen zur Ehe begehrt, verlangt werden, daß derselbe ein vorangegangenes mit dem Erfolg der Schwängerung verbundenes geschlechtliches Verhältniß mit einem andern Mädchen nicht verschweige, und es hat derselbe, wenn es geschieht, es sich selbst zuzuschreiben, wenn seine Verlobte von dem Verlöbniß wieder zurücktritt, weil sie nachträglich erst von anderer Seite Kunde von jenem früheren Verhältnisse ihres Verlobten

Digitized by Google

erhalten hat. Für die von dem Kläger aufgestellte Annahme, daß die Beklagte das Verlöbniß auch eingegangen haben würde, wenn sie vor dessen Eingehung Kenntniß von dem geschlechtlichen Vergehen ihres Verlobten erhalten hätte, fehlt es an jedem sicheren Anhaltspunkte.... Ebenso liegt dafür keine Anzeige in den Akten, daß die Beklagte die vorangegangene Verfehlung ihres Verlobten schon bei Eingehung des Verlöbnisses gekannt hätte, und der Kläger selbst hat erklärt, daß er dieß nicht zu behaupten vermöge. Eine dahin gehende Behauptung aufzustellen und zu beweisen, wäre aber, wie schon der Gerichtshof ausgeführt hat, Sache des Klägers gewesen.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Novbr. 1868 in der Appellationssache Sch. c. S.

23) Können die Kinder, wenn nach dem Tode der Mutter eine Eventualtheilung erlassen worden, nachträglich noch die weiblichen Freiheiten anrufen?

Nach dem Art. 36 des Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843 kann nach dem Tode eines der beiden Ehegatten, welche in ehelicher Errungenschaftsgesellschaft gelebt haben, die Eventualtheilung unterbleiben, wenn sämmtliche Erbbetheiligte in diesem Wunsche übereinstimmen, die Kinder volljährig sind oder die Pfleger der minderjährigen unter Genehmigung der vormundschaftlichen Behörde zustimmen. Hiebei werde jedoch, heißt es in dem angeführten Artikel, stets vorausgesetzt, daß eine sichere Grundlage für die dereinstige Erbtheilung durch allseitiges Anerkenntniß festgesetzt werde, oder daß die Erben sich dahin vereinigt haben, daß überhaupt derjenige Vermögensstand, welcher sich zur Zeit der einstigen Theilung darlegen werde, die Grundlage derselben bilden solle. Der zweite der hier bezeichneten Wege war von den Erben der am 4. Dezember 1849 verstorbenen zweiten Ehefrau des Schuhmachers F. von W. eingeschlagen worden, indem dieselben, nämlich der Wittwer

Digitized by Google

und die vier Kinder der Erblasserin, unter Zustimmung des Pflegers der zwei minderjährigen Kinder, den Aufschub der Eventualtheilung auf so lange, bis entweder der Wittwer sich wieder vereheliche oder bis eines der Erbberechtigten den Antrag auf Vornahme der Theilung stellen werde, beantragten und sich für den Fall dieses Aufschubs, in Uebereinstimmung mit dem Art. 36 des Notariatsgesetzes, dahin vereinigten, daß derjenige Vermögensbetrag, welcher sich zur Zeit der einstigen Theilung darlegen werde, die Grundlage derselben bilden solle. Das Waisengericht gab hierauf dem Antrag auf Verschiebung der Theilung unter ausdrücklicher Genehmigung der Zustimmung des Pflegers und mit dem Beisatze statt, die Theilung werde verschoben, bis sie von Amtswegen als geboten erscheinen werde. Der Wittwer verheirathete sich nicht wieder, auch wurde von keiner Seite bis zu dessen am 11. April 1857 erfolgten Tode auf Theilung angetragen und das ungetheilt gebliebene gemeinsame Vermögen bis zu diesem Zeitpunkt von dem Wittwer besessen und verwaltet. Als nach seinem Tode im Juli 1857 die Realtheilung vorgenommen wurde, stellte sich im Verhältniß zum Vermögensstande zur Zeit seiner am 19. Mai 1818 erfolgten zweiten Verehelichung eine beträchtliche Einbuße heraus, welche die vier Kinder erster Ehe zu ihren Antheilen durch die Anrufung der weiblichen Freiheiten von sich abzuwälzen suchten, indem sie das Beibringen ihrer Mutter ohne Abzug wegen jener Einbuße zu den auf sie treffenden Erbtheilen für sich in Anspruch nahmen. Dieß wurde von den Kindern zweiter Ehe bestritten und geltend gemacht, daß jetzt nach der Uebereinkunft vom 8. März 1850 von der Anrufung der weiblichen Freiheiten von Seiten der Kinder erster Ehe keine Rede mehr sein könne. Das Obertribunal trat letzterer Ansicht bei und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe:

Klar ist, daß durch eine Vereinbarung, wie die vom 8. März 1850, welche dem Art. 36 nachgebildet ist, für die Zeit vom Tode des einen Gatten bis zur späteren

Digitized by Google

Theilung unter den Erbberechtigten, also dem überlebenden Gatten und den übrigen Erben des verstorbenen, ein bestimmtes Güterverhältniß begründet wird. In dieser Hinsicht spricht sich der angeführte Art. 36 zwar nicht näher aus, aber als über jeden Zweifel gestellt kann soviel angenommen werden, daß er ein solches Güterverhältniß voraussetzt und annimmt, daß sich dasselbe in wesentlichen Beziehungen an das Rechtsverhältniß anschließe, welches unter den Ehegatten selbst vor dem Absterben des einen bestanden hat. So z. B. kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das ursprüngliche Rechtsverhältniß in Betreff des Beibringens der Ehegatten unverrückt bleibt; jeder Ehegatte ist und bleibt alleiniger Eigenthümer desselben und an die Stelle des verstorbenen treten nur dessen Erben. Ebenso verhält es sich mit dem hälftigen Antheil der Ehegatten an der bis zum Tode des verstorbenen erzielten Errungenschaft; es werden in Folge der Unterlassung der Eventualtheilung nur die Antheile der Erben am Beibringen und der Errungenschaft oder Einbuße nicht bestimmt und ausgeschieden. Ferner kann als unzweifelhaft betrachtet werden, daß an dem Vermögen, welches in der Zwischenzeit vom Tode des zuerst verstorbenen Ehegatten bis zur Vornahme der späteren Theilung neu erworben wird, der überlebende Ehegatte wie während der Ehe die eine Hälfte, und die Erben des vorverstorbenen die andere anzusprechen, dagegen aber auch in gleichem Maße an der Einbuße, falls sich eine solche während dieser Zeit ergeben haben sollte, Theil zu nehmen haben, und insofern hauptsächlich ergibt sich, daß sich das Rechtsverhältniß, welches durch eine Uebereinkunft wie die vorliegende vom 8. März 1850 unter den Betheiligten entsteht, an die unter den Ehegatten selbst bestandene partikuläre Gütergemeinschaft anschließt. Allein hieraus folgt nicht, daß die hier zur Entscheidung vorliegende Frage wegen der Statthaftigkeit der Anrufung der weiblichen Freiheiten zu bejahen ist.

Die sogenannten weiblichen Freiheiten der Ehefrauen

Digitized by Google

sind die Schöpfung eines Gewohnheitsrechtes, dem Ehemann gegenüber zum Schutze der Ehefrau eingeführt, weil ihm in Ansehung des der ehelichen Gesellschaft gehörigen Vermögens weitgehende Verwaltungs- und Verfügungsrechte zustehen, in Folge deren die Interessen der Frau durch die Kontrahirung von Spezialschulden oder Herbeiführung einer Einbuße im engeren Sinne gefährdet werden können. Die Erben der Frau können zwar als solche die Rechtswohlthat auch ansprechen, aber diese Befugniß leiten sie lediglich aus der Person ihrer Erblasserin ab, vermöge eigenen Rechtes steht sie ihnen nicht zu. Dieses von der Mutter abgeleitete Recht könnte sich also nur auf die Zeit, während welcher sich die Mutter der Kläger mit ihrem Vater in ehelicher Vermögensgenossenschaft befunden hat, und auf die während dieser Zeit entstandene Einbuße erstrecken. Auf den Zeitabschnitt von dem Tode der Mutter bis zum Tode des Vaters und das zwischen diesem und den Klägern vermöge der Uebereinkunft vom 8. März 1850 von da an fortbestandene Güterverhältniß kann solches als von der Mutter auf die Kläger übergegangen keinen Bezug haben; für diesen Zeitraum müßte es irgendwie selbstständig in ihrer eigenen Person besonders begründet worden sein. In dieser letzteren Hinsicht aber liegt zuvörderst nicht die geringste Spur vor, daß die in Frage stehende Rechtswohlthat der weiblichen Freiheiten, wie sie nach Gewohnheitsrecht und Gesetz (Art. 68 des Gesetzes vom 21. Mai 1828) der Ehefrau und ihren Erben als solchen zukommt, vermöge gewohnheitsrechtlicher Uebung auch auf das durch die freie Uebereinkunft der Betheiligten auf Grund des Art. 36 geschaffene selbstständige Rechtsverhältniß ausgedehnt worden ist. Aber auch das Gesetz, nämlich der Art 36, enthält nicht die geringste Spur einer solchen Ausdehnung und dießfälligen ausdrücklichen Bestimmung. Wenn es sich aber weiter fragt, ob nicht Grund vorliege, das von dem Verhältniß zwischen den beiden Ehegatten dießfalls Geltende auf jenes in Frage

Digitized by Google

ſtehende Rechtsverhältniß zwiſchen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des vorverſtorbenen analog anzuwenden, oder ob nicht wenigſtens anzunehmen ſei, es ſei dieß dem Willen und den Vorausſetzungen gemäß, von denen die Betheiligten bei Begründung eines mit Umgehung einer Eventualtheilung geſchaffenen Rechtsverhältniſſes ſtillſchweigend ausgegangen ſeien, ſo kommt in dieſen beiden Beziehungen Folgendes in Betracht. Durch den Art. 36 des Notariatsgeſetzes vom 14. Juni 1843 iſt zwar unter den Betheiligten ein neues, bis dahin unbekanntes Rechtsverhältniß gebildet worden, das, wie ſchon oben in einzelnen Beziehungen gezeigt worden iſt, mit dem Rechtsverhältniſſe, wie ſolches unter den Ehegatten ſelbſt beſtanden hat, eine innere Verwandtſchaft hat, namentlich inſofern, als dort wie hier einem Theile der Genoſſenſchaft ein weitgehendes Verwaltungs- und Veräußerungsrecht allein zuſteht. Auch ſtände der analogen Anwendung des fraglichen Rechtsgrundſatzes in ſo fern nichts im Wege, als auch das Gewohnheitsrecht, auf welches die Rechtswohlthat der weiblichen Freiheiten ſich lediglich ſtützt, analog angewendet werden kann. Allein die fragliche Rechtswohlthat enthält eine ganz außerordentliche ungemeine Begünſtigung, iſt ein höchſt ſinguläres Recht. Auch ſonſt, bei andern geſellſchaftlichen Verbindungen kommt es vor, daß in die Hände eines oder einiger Theilhaber die Verwaltung gelegt iſt, gleichwohl aber gilt bei denſelben allenthalben als Regel, daß Gewinn und Einbuße gemeinſchaftlich zu tragen ſind; es erſcheint daher bei der ehelichen Errungenſchaftsgeſellſchaft jener Grundſatz in Betreff der weiblichen Freiheiten lediglich als Ausnahme und als ſinguläres Recht. Solche Rechte und Ausnahmen aber können nach anerkannten Grundſätzen nicht über die Grenzen ihres unmittelbaren Gebietes erweitert, nicht analog angewendet werden — l. 41 pr. D. de reg. jur. (50, 17) — und im vorliegenden Falle umſoweniger, als die Verhältniſſe keineswegs durchaus gleich ſind. Denn

Digitized by Google

eines Theils ist es lediglich Sache der betreffenden Erben und ihrer gesetzlichen Vertreter, ob sie nach dem Tode des Vaters oder der Mutter auf die Eventualtheilung verzichten und mit dem überlebenden Theile das fragliche Rechts- und Güterverhältniß eingehen wollen oder nicht, und andern Theils konnte im vorliegenden Falle dieses Verhältniß von jedem Betheiligten, namentlich auch von der vormundschaftlichen Behörde in jedem Augenblicke beliebig widerrufen und aufgelöst und auf Theilung angetragen werden, was der Ehefrau während der Ehe keineswegs in gleichem Maße möglich ist. Unter solchen Umständen kann also auch von keiner analogen Anwendung des Gewohnheitsrechtes, welches der Ehefrau für ihre Person die weiblichen Freiheiten verleiht, auf Fälle der vorliegenden Art die Rede sein. Aber eben so wenig läßt sich annehmen, daß die Betheiligten bei Abschluß der Vereinbarung vom 8. März stillschweigend davon ausgegangen sind, daß die fragliche Rechtswohlthat den Klägern auch in Ansehung des durch jene Vereinbarung begründeten Rechtsverhältnisses zukommen solle. In dieser Beziehung käme vor Allem in Betracht, daß eine solche vertragsmäßige Einräumung nicht gegen Dritte, also nicht gegen die Gläubiger wirken könnte, bei denen der überlebende Gatte in der Zeit vom Tode des verstorbenen bis zur Theilung Sozialschulden kontrahirte, während sonst die Ehefrau die weiblichen Freiheiten auch gegenüber von den Sozialgläubigern geltend machen und sich hiedurch selbst ihnen gegenüber von ihrem Antheil an der Sozialschuld befreien kann. Sodann aber lassen, hievon auch ganz abgesehen, alle vorhin angeführten besonderen Verhältnisse, hauptsächlich die singuläre Natur dieser Rechtswohlthat, die in ihr liegende außerordentliche Begünstigung des einen und außerordentliche Beschwerung des andern Theils nicht unterstellen, es habe bei Abschluß der Uebereinkunft vom 8. März 1850 dieses Privilegium den Kindern ohne Weiteres stillschweigend eingeräumt werden wollen, und ergeben sich also nach allen Richtungen

Digitized by Google

und von allen Standpunkten ausgegangen, keine Gründe für die Annahme, daß den Klägern die fragliche Rechtswohlthat auch für das mit ihrem Vater fortgesetzte Güterverhältniß und gegenüber von der aus demselben hervorgegangenen Einbuße zukomme.

Von klägerischer Seite wird indeß der Sache eine andere Wendung zu geben versucht. Es wird in dieser Beziehung geltend gemacht: Vereinbarungen wie die vom 8. März 1850 enthalten die Uebereinkunft, es solle die Fortdauer der Ehe bis zur Theilung fingirt, d. h. angenommen werden, der zuerst verstorbene Ehegatte sei jetzt erst gestorben und der jetzige Vermögenstand sei schon zur Zeit seines Todes vorhanden gewesen, also sei schon durch diese vom Gesetz und durch den Willen der Betheiligten gebilligte Fiktion der Beweis erbracht, daß die jetzt vorhandene Einbuße schon zur Zeit des Todes der Mutter im Jahr 1849 vorhanden gewesen sei. Allein eine solche Fiktion ist weder im Art. 36, noch in der ihm nachgebildeten Uebereinkunft vom 8. März 1850 ausgesprochen, was doch, da es sich allerdings um eine wahre Fiktion im vollsten Wortsinn handeln würde, deutlich und unzweideutig hätte geschehen müssen. Sie ist aber auch nicht zur Erklärung des Aufschubs der Theilung nothwendig, dieser vielmehr, wie sich schon aus dem oben Angeführtem ergibt, auch ohne eine solche Fiktion erklärlich. Das fragliche durch eine solche Vereinbarung begründete Rechtsverhältniß besteht nämlich darin, daß die Erben dem überlebenden Vater die Verwaltung ihrer ideellen Antheile an dem gemeinsamen ungetheilt gebliebenen Vermögen überlassen und daß bestimmt wird, daß die auch von jetzt an sich ergebende Errungenschaft oder Einbuße gemeinschaftlich sein soll, wonach durch einen solchen Aufschub der Theilung gerade umgekehrt von dem Vermögensstande zur Zeit des Todes des vorverstorbenen Gatten Umgang genommen und die Theilung auf den Vermögensbetrag zur Zeit ihrer Vornahme, auf die unter Zugrundlegung der Beibringen beider

Digitized by Google

Gatten in diesem Zeitpunkt sich ergebende Gesammterrungenschaft oder Gesammteinbuße gestellt wird und die Ergebnisse beider Zeitabschnitte, sowohl während der Dauer der Ehe als vom Tode des zuerst verstorbenen Gatten an als ein ungetrenntes Ganzes umfaßt.

Bis hieher ist dargethan worden, daß den Klägern für das durch ihre Uebereinkunft vom 8. März 1850 von da an neu begründete Rechtsverhältniß und die von da an entstandene Einbuße die Rechtswohlthat der weiblichen Freiheiten nicht zustehen kann; wenn aber geltend gemacht werden wollte, daß sie ihnen als Erben ihrer Mutter wenigstens an der Einbuße zukommen müsse, welche schon zur Zeit des Todes derselben vorhanden gewesen sei, so ist, wie schon oben angeführt, an sich zwar richtig, daß sie ihnen ursprünglich nach dem Tode ihrer Mutter, wenn es damals zur Eventualtheilung gekommen sein würde, innerhalb jenes Kreises zugestanden wäre. Aber für den jetzt vorliegenden Fall kommt in Betracht, daß, nachdem die Interessenten am 8. März 1850 die Fortsetzung der Errungenschaftsgesellschaft ohne Eventualtheilung beschlossen haben, die vorhin erwähnten beiden Zeitabschnitte von der Eingehung der Ehe bis zum Tode des einen Gatten und von da an bis zur Theilung sich nicht mehr trennen lassen, und es nunmehr, gerade weil die Eventualtheilung unterlassen worden ist, an jeder Gewißheit fehlt, ob und welche Einbuße damals schon vorhanden gewesen ist, und da sonach schlechterdings nicht bestimmt werden kann, welcher Theil der zur Zeit der Theilung zu Tage gekommenen Gesammteinbuße auf die Rechnung jenes ersten Zeitabschnittes fallen würde und daher in Folge der weiblichen Freiheiten am Beibringen der Mutter nicht abzuziehen wäre, so ergibt sich hieraus nicht nur, daß die derzeitige Geltendmachung der weiblichen Freiheiten für jenen ersten Zeitabschnitt schon an der Unmöglichkeit des Beweises, daß und welche Einbuße damals vorhanden war, scheitert, sondern diese Unmöglichkeit der späteren Ausscheidung der

Digitized by Google

Einbuße für jenen ersten Zeitabschnitt beweist sogar, daß mit der Zustimmung zur Umgehung der Eventualtheilung nothwendig auch von der Anrufung der weiblichen Freiheiten für jene erste Periode Umgang genommen, d. h., auf dieselbe verzichtet worden ist, so daß jetzt von derselben auch für jene Periode kein Gebrauch mehr gemacht werden kann.

Entscheidung des Obertribunals vom 27. Juni 1864 in der Appellationssache M. und Gen. c. F. u. Gen.

24) Vom Erbrecht der unehelichen Kinder an den Vater.

Da das Gesetz den unehelichen Kindern an dem Vater, wenn er weder eheliche Kinder, noch eine Ehefrau hinterläßt, nur ein Intestaterbrecht, nicht aber ein Notherbrecht gibt, also durch sie sein Recht, über seinen Nachlaß letztwillig zu verfügen, nicht beschränkt ist, so folgt hieraus, daß, wenn der uneheliche Vater ein Testament errichtet hat, ohne darin seine unehelichen Kinder zu bedenken, diese als gesetzliche Erben durch die Testamentserben von der Erbfolge ausgeschlossen sind, wie dieß in dem Landrecht Thl. IV, Tit. 18, §. 5 ausgesprochen ist, wobei es ganz gleichgiltig ist, ob das Testament des Vaters vorher oder nachdem ihm uneheliche Kinder geboren worden, errichtet worden ist, weil diesen nur für den Fall, daß er ohne Testament versterbe, ein sehr beschränktes gesetzliches Erbrecht zusteht, überdieß aber dem Testirer, wenn ihm nach Errichtung seines Testaments uneheliche Kinder geboren werden, unbenommen ist, sein Testament zu widerrufen und die Intestaterbfolge eintreten zu lassen.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. Oktober 1863 in der Appellationssache L. c. L.

25) Legitimation von Ehebruchskindern durch nachfolgende Ehe; Erbrecht dieser Kinder.

Im römischen Rechte konnte die Frage nicht entstehen, ob ein Adulterine durch nachfolgende Ehe legitimirt werde;

Digitized by Google

denn die Ehe zwischen den Eltern desselben war unbedingt verboten. — Nov. 134, cap. 12. — Das kanonische Recht ließ Anfangs das Verbot der Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin fortbestehen. Decreti Gratiani P. II, causa 31, qu. 1 c. 1 und 3 sprechen aus: „nullus ducat in matrimonium, quam prius polluit adulterio.“ Doch wurde für den Fall, daß es rathsam erscheine (si expedierit), die Dispensation zugelassen, wenn nicht die Ehebrecher dem unschuldigen Gatten nach dem Leben getrachtet oder sie sich bei dessen Lebzeiten die Ehe versprochen hatten. — Decreti Gratiani P. II, c. 31, qu. 1 c. 5.[77] Pabst Alexander III., welcher noch von diesen Rechtssätzen ausging,[78] erließ im Jahr 1172 den in Gregor IX. Dekretalen aufgenommenen Ausspruch: „tanta est vis matrimonii, ut, qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius et ab haereditate repellendus, praesertim si in mortem uxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus.“ — c. 6, X, 4, 17, qui filii sint legitimi. — Und zwar erhellt der Grund dieser, die liberos adulterinos betreffenden, Ausnahmen aus dem, dem Ausspruch Alexander III. beigefügt gewesenen und nur von Gregor IX. in seine Sammlung nicht aufgenommenen Satze: „quoniam inter se legitimum matrimonium contrahere non potuerunt.“[79] Mit Recht sagt Dieck,[80] Alexander gehe von dem sehr richtigen Grundsatze aus, daß eine nothwendige

[77] Dieck, Legitimation durch nachfolgende Ehe. 1832. S. 150, 167—169, 182.

[78] Dieck, a. a. O. S. 201.

[79] Dieck, a. a. O. S. 227, 232, 233, 236—239; Glück, Kommentar Bd. II, S. 255; Bangerow, Pand., 7. Aufl., Bd. I, S. 473.

[80] a. a. O. S. 231 ff.

Digitized by Google

Wirkung des Ehesakraments die Legitimation der schon vor der Ehe erzeugten Kinder sei. Diesen Satz zu beschränken komme ihm nicht in den Sinn; und hätte er es auch gewollt, so würde er es doch nicht gekonnt haben, weil die Legitimation durch nachfolgende Ehe nach den Grundsätzen der katholischen Kirche eben göttliches Recht sei. Alexander habe also bei den Adulterinen keineswegs eine Ausnahme machen wollen. Darum spreche er die Wohlthat der Legitimation diesen Kindern gar nicht als Adulterinen ab, sondern wie der Schlußsatz seines Reskriptes unzweideutig genug bezeuge, blos deßhalb, weil nach der Regel des damaligen Rechtes ihre Eltern einander im Allgemeinen gar nicht haben heirathen dürfen. Schon hieraus folge, daß, wenn von dieser Regel durch eine dagegen ausgewirkte Dispensation eine Ausnahme zugelassen worden, kraft der dann giltig erfolgten Ehe der Ehebrecher, nach Alexanders Dafürhalten, auch die Adulterinen haben legitimirt werden müssen. Dafür aber, daß Gregor IX. durch Weglassen des Satzes: quoniam etctr. die Unstatthaftigkeit der Legitimation der Adulterinen durch nachfolgende Ehe auch für die Fälle des subsequens matrimonium licitum der Eltern habe aussprechen, den Satz des Alexander also habe über seinen ursprünglichen Sinn ausdehnen wollen, liegen keine zureichenden Gründe vor. Für das Gegentheil beruft sich Dieck mit Recht auf den innern Zusammenhang des matrimonium legitimum und der legitimatio,[81] auf die Erwägung, daß die Ehe für die schon vor ihr erzeugten Kinder die volle Wirkung der legitimen Geburtskraft göttlichen Rechtes mit sich führe, daher die Legitimation durch nachfolgende Ehe keine geringere, vielmehr stärkere Wirkungen haben müsse, als die nur auf menschliche Autorität sich stützende, aus dem römischen Rechte stammende und in c. 13, X, 4, 17, qui filii sint legitimi auch für Adulterinen zugelassene legi-

[81] Dieck, a. a. O. S. 201—206.

Digitized by Google

timatio per rescriptum principis. [82] Endlich beruft sich Dieck mit Recht auf die Paradoxie der entgegengesetzten Ansicht, wonach zwar die Ehebrecher selbst, welche nach damaliger Auffassung sich eines der schwersten kirchlichen und bürgerlichen Vergehen schuldig gemacht haben, [83] sollen einander heirathen können und dann die sämmtlichen kirchlichen und bürgerlichen Vortheile der legitimen Ehe sollen genießen dürfen, ihre schuldlosen Kinder hingegen diejenigen Rechte sollen entbehren müssen, welche die später erfolgte Ehe der Eltern nach kanonischen Grundsätzen für die vor der Verehelichung erzeugten Kinder sonst im Allgemeinen und schon von Rechtswegen erzeuge.

So war der Stand der Sache, als im Jahre 1198 von Pabst Innocenz III. aus Anlaß eines Spezialfalles folgende, dem Bischof von Spoleto übermachte und nachher von Gregor IX. in seine Dekretalen — c. 6, X 4, 7, de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium — aufgenommene Entscheidung erging: „significasti nobis, quod, cum P. civis Spoletanus quandam mulierem duxisset legitime in uxorem, ea relicta, cuidem meretrici adhaesit. Verum cum uxor ipsius esset viam universae carnis ingressa: meretricem, cui adhaeserat, desponsavit. Nos igitur . . . taliter respondemus, quod, nisi alter eorum in mortem uxoris defunctae fuerit machinatus, vel, ea vivente, sibi fidem dederit de matrimonio contrahendo, legitimum judices matrimonium supra dictum . .“ Von da an also mußte die Ehe zwischen Ehebrechern, mit Ausnahme der so eben angeführten zwei Fälle der Lebensnachstellung gegen den verletzten Ehegatten und des Eheversprechens der Ehebrecher zu Lebzeiten des andern Gatten als nicht mehr verboten angesehen werden. [84] Da hienach der von Pabst

[82] Dieck, a. a. O. S. 207—217. 25. Note 24, S. 213, 214, 215, 216.

[83] Dieck, a. a. O. S. 151, 218.

[84] Dieck, a. a. O. S. 271, 182—186.

Digitized by Google

Alexander III. in seinem, in die Dekretalen Gregor IX. aufgenommenen, Reskripte vom Jahre 1172 für die Ausnahme bezüglich der Adulterinen angeführte Grund im Allgemeinen wegfiel, so mußte von nun an die in demselben Dekretale festgesetzte, auf der Wirkung des Ehesakraments beruhende, Regel: „tanta est vis matrimonii, ut, qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur“ auch auf die Adulterinen Anwendung finden, wenn ihre Eltern in Fällen, die nicht zu den in c. 6, X, 4, 7 angeführten Ausnahmen zu rechnen sind, eine Ehe eingingen. Zwar wird häufig behauptet, es beruhe die Legitimation durch nachfolgende Ehe auf der Fiktion, daß die Ehe schon zur Zeit der Erzeugung des Kindes bestanden habe; da nun der Ehebrecher zu dieser Zeit in einer andern Ehe gestanden, so sei jene Fiktion eine unmögliche und es könne daher bei den Adulterinen von einer Legitimation durch nachfolgende Ehe keine Rede sein. Allein daß dem Institute der Legitimation unehelicher Kinder jene Fiktion zu Grunde liege, ist in den Gesetzen nirgends ausgedrückt; vielmehr geht das Gegentheil aus c. 13 X, 4, 17 qui liberi sint legitimi hervor, wonach die Legitimation eines Adulterinen per rescriptum ausdrücklich für zulässig erklärt wird. Dieselbe Ansicht über den von der Fiktion hergenommenen Einwand ist in einem Gutachten des Obertribunals an das Justizministerium vom 27. Juni 1837 ausgesprochen worden. [85]

Bei dem vorangeführten Stande der Gesetzgebung blieb es nach gemeinem Rechte. [86] Gleichwohl ging die Ansicht der Rechtslehrer bis in das siebzehnte Jahrhundert dahin, daß nach dem kanonischen Rechte jeder Adulterine

[85] Vergl. Glück, Kommentar Bd. II, S. 250 ff.; Bangerow, Pand., 7. Aufl., Bd. I, S. 473.

[86] J. H. Böhmer, jus eccl. Prot. IV, 7, §. 2 squ.; G. L. Böhmer, princ. jur. can. §. 385; Schnaubert, Grundsätze des Kirchenrechts §. 238; Schmalz, kanon. Recht §. 301; Dieck, a. a. O. S. 186, 271.

Digitized by Google

von der Legitimation durch nachfolgende Ehe ausgeschlossen sei, indem sie nach dem Zeugnisse von Dieck[87] die von Pabst Alexander III. herrührende Dekretale lediglich nach ihrem Wortlaut, wie Gregors IX. Kompilation sie darbietet, auslegten, ohne sich mit weiteren Untersuchungen über ihren Sinn nach der Entstehungsgeschichte und anderen Gründen der logischen Interpretation zu befassen, indem sie insbesondere nicht beachteten, daß das cap. 6 X. 4, 17 qui filii sint legitimi nur den Fall, wenn eine rechtsungiltige Ehe geschlossen worden, im Auge haben konnte, weil bis dahin die Ehe zwischen Ehebrechern überhaupt verboten war. Erst seit Ende des siebzehnten Jahrhunderts wurde die entgegengesetzte, in obiger Ausführung angenommene, Ansicht von den angesehensten Rechtslehrern, wie Mevius, Stryk u. A. vertheidigt und es traten derselben von da an immer mehr Rechtslehrer z. B. auch J. H. Böhmer bei, so daß jene Ansicht sich schließlich, abgesehen von einem Theile der katholischen Kirchenrechtslehrer, zur communis doctorum opinio erhob.[88] Erst im gegenwärtigen neunzehnten Jahrhundert fand diese Meinung unter den Theoretikern wieder Gegner,[89] während sie von den Praktikern, selbst unter den Katholiken, fortwährend festgehalten wurde.[90] Auch hat Dieck[91] eine große Zahl von Spruchkollegien und Gerichten in Deutschland, beginnend vom Jahre 1617, angeführt, welche sämmtlich auf Grund des kanonischen Rechtes den Satz zur Anwendung brachten, daß Adulterinen durch nachfolgende Ehe mit

---

[87] a. a. O. S. 240 ff.

[88] Dieck, a. a. O. S. 246, 248, 249, 251; Richter, Kirchenrecht, 3. Aufl., S. 546, 547; Hoffacker, princ. jur. civ. Tom. I, §. 592, 594.

[89] Schrader, Abh. aus dem Civilrecht Bd. I, S. 1 ff.; Thibaut, Pand. §. 485 ff.; Philipps, Kirchenrecht, 1862, Bd. II, S. 1121.

[90] Dieck, a. a. O. S. 257, 261 ff.

[91] a. a. O. S. 264 ff.

Digitized by Google

voller Wirkung legitimirt werden. (So das Spruchkollegium zu Gießen, 1617, das Konsistorium zu Leipzig, 1632, die Tübinger Juristenfakultät, das Oberappellationsgericht zu Celle, 1738, das Hofgericht zu Jena, 1750, das Oberlandesgericht Heiligenstadt, 1801, die Regierung zu Magdeburg, 1804, die Regierung zu Gotha, 1821, die Juristenfakultät zu Göttingen, 1823, das Oberappellationsgericht zu Darmstadt, 1826, das Oberlandesgericht Halberstadt, 1831 und das Landesjustizkollegium zu Dresden, 1832.) Gleiche Entscheidungen ergingen von dem Oberappellationsgerichte zu Dresden, zu Jena, 1845, zu Celle, 1846, zu Wiesbaden, 1853 und zu Oldenburg, 1865. [92]

Was sodann das württembergische Partikularrecht betrifft, so hat zwar in dem Thl. IV des Landrechts, welcher von der Intestaterbfolge handelt, der Tit. 17 die Ueberschrift: „Wie diejenigen Kinder erben, so außerhalb der Ehe (doch nicht aus einer von kaiserlichen Rechten verdammten Geburt, sondern von zweien unverheiratheten, nicht zu nahe verwandten Personen) erzeugt, und folgendes legitimirt oder ehelich gemacht worden." Auch ist in dem §. 1 dieses Titels gesagt, daß, was in Tit. 16 von dem Erbrecht der ehelich geborenen Kinder an ihren Eltern u. s. w. gesagt sei, auch von solchen Kindern verstanden werden solle, welche von zwei unverheiratheten Personen erzeugt und erst nachgehends durch ihre Verehelichung legitimirt worden. Und es haben aus diesen Stellen die Lehrer des württembergischen Rechtes den Satz abgeleitet, daß ein im Ehebruch erzeugtes Kind nicht durch nachfolgende Ehe legitimirt werden könne. [93] Allein der Titel 17

---

[92] Annalen des OAG. Dresden Bd. V, 6, S. 279; Seuffert, Archiv Bd. I, Nr. 352; Bd. V, Nr. 188; Bd. XIII, Nr. 43; Bd. XV, Nr. 227; Bd. XVIII, Nr. 261.

[93] Plebst, disp. IV, N. 100, nota a; Lauterbach, diss. de leg. p. subs. matr. thes. 30; idem, Pand. Coll. Lib. I,

Digitized by Google

hatte nach der Ueberschrift an der Spitze des Theils IV, nach der auf die Titel 16—18 sich beziehenden Ueberschrift und nach derjenigen des Titel 17 insbesondere, sowie nach dem Inhalt und dem Zusammenhang des letzteren mit dem übrigen Inhalt des IV. Theils die Aufgabe, Bestimmungen über die Intestaterbfolge und zwar über diejenige der Descendenten zu treffen. Schon dieß macht es nicht wahrscheinlich, daß das Landrecht dort eine gar nicht hieher gehörige dispositive Bestimmung darüber habe treffen wollen, welche uneheliche Kinder durch die nachfolgende Ehe ihrer Eltern voll legitimirt werden können und welche nicht. Zudem war es nach dem Angeführten zur Zeit der Abfassung des Landrechts die allgemein unangefochtene Meinung der Rechtslehrer, daß die Adulterinen durch nachfolgende Ehe nicht voll legitimirt werden, wonach gar kein Anlaß vorlag, diesem damals ganz unbestrittenen Rechtssatz durch seine Aufnahme in das Landrecht eine rechtliche Existenz sichern zu wollen. Auch ist der genannte Rechtssatz in dem Text des Titels selbst nicht zum Ausdruck gelangt, sondern in dem Text nur bestimmt, daß die von zwei unverheiratheten Personen erzeugten und nachgehends legitimirten Kinder ihre Eltern ꝛc. beerben, der im Ehebruch erzeugten Kinder aber keine Erwähnung gethan. Wenn gleich daher dieß eine Folge davon war, daß die Verfasser des Landrechtes gemäß der damaligen allgemein herrschenden Ansicht den Satz des kanonischen Rechtes in Betreff der Legitimationsunfähigkeit der Ehebruchskinder als geltend vorausgesetzt haben und also dieß das Motiv war, weßhalb bloß die anderen im §. 1 bezeichneten Kin-

---

Tit. 6, §. 24; Frommann, diss. de levis notæ macula. thes. 5, 8 verb. „Jure Württ. quid obtineat, vide jus Prov. Württ. P. IV, Tit. 17, i. pr.“; Hochstetter, annot. ad Pand. P. IV, thes. 47; Derselbe, Einleitung in das württ. L.-R. Thl. IV, Tit. 17; Griesinger, Kommentar Bd. IX, §. 382, S. 821—823. Vergl. auch Weishaar, württ. Privatrecht, 3. Ausg., Bd. I, §. 253.

Digitized by Google

der als successionsberechtigt aufgeführt worden sind, so ist doch jener Satz des kanonischen Rechtes, weil nicht in den Text des Landrechts aufgenommen, auch nicht als ein solcher anzusehen, dessen gesetzliche Kraft nicht bloß im kanonischen, sondern auch in unserem Landrecht seine Quelle habe. Bloß in der Ueberschrift des Titels sind die aus einer von kaiserlichen Rechten verdammten Geburt stammenden Kinder aufgeführt; aber auch hier ist nicht der Satz ausgedrückt, daß solche Kinder durch nachfolgende Ehe nicht legitimirt werden, sondern nur, daß die nicht aus jener Geburt stammenden, sondern von zwei unverheiratheten Personen erzeugten und nachher legitimirten Kinder ihre Eltern ꝛc. beerben. Somit drückt auch die Ueberschrift nichts Anderes aus, als der Text des Titels selbst, d. h. das Erbrecht der letztgenannten Kinder, nicht aber den Rechtssatz, daß die aus einem verdammten Beischlaf stammenden Kinder durch nachfolgende Ehe ihrer Eltern nicht legitimirt werden und es wird eben auch hier dieser Rechtssatz als ein in dem kanonischen Rechte bereits begründeter vorausgesetzt. Diese Voraussetzung bildet hiernach keinen durch das Landrecht zum Gesetze erhobenen Satz, der Rechtssatz ist nicht durch eine dispositive Bestimmung des Landrechts festgestellt und nicht jeder auf Erforschung seines ursprünglichen und wahren Sinnes gerichteten Interpretation entzogen worden.

Der Satz des kanonischen Rechtes aber, von welchem das Landrecht als einem dort begründeten ausging, erscheint nach dem oben Ausgeführten als ein auf unrichtiger Auslegung beruhender, dem wahren Sinne des Gesetzes nicht gemäßer; vielmehr werden nach dem kanonischen Rechte die Adulterinen dann, wenn ihre Eltern nachher eine legitime Ehe mit einander eingehen, voll legitimirt, so daß sie alsdann ein Erbrecht an ihrem Vater erhalten.

Da nun das Landrecht im Titel 17 nur den von zwei Unverheiratheten erzeugten und nachher legitimirten Kindern ein Erbrecht an ihren Eltern ꝛc. eingeräumt, im

Digitized by Google

Tit. 18, §. 9. aber nur verordnet hat, daß die Adulterinen, welche es sich als in allen Fällen nicht legitimirt dachte, unfähig seien, ihre Eltern zu beerben, so enthält es keine Bestimmung, also eine Lücke für den Fall, den das Landrecht nicht vor Augen hatte und nicht vor Augen haben konnte, für den Fall nämlich, daß ein Adulterine durch nachfolgende gesetzmäßige Ehe (oder durch landesherrliches Reskript) voll legitimirt würde. An Stelle dieser Lücke tritt daher kraft der subsidiären Geltung des kanonischen Rechtes dessen Rechtssatz, daß ein Adulterine im Falle einer erlaubten Verehelichung seiner Eltern diese zu beerben berechtigt sei.

Es ist überdieß nicht nur bereits in einem gutächtlichen Berichte des Obertribunals an das K. Justizministerium vom 27. Juni 1837 und in einem K. Dekrete vom März 1827[94] der gleiche Rechtssatz als heutigen Tages in Württemberg geltend anerkannt worden, sondern es hat auch das Obertribunal seit 50 Jahren konstant, so oft die Frage zur Beschlußfassung kam, nämlich in ausführlich motivirten gutächtlichen Berichten an das K. Justizministerium vom 16. Juli 1819 und vom 27. Juni 1837, sowie in einer Entscheidung über eine Beschwerde vom 24. Dezember 1859 den Satz ausgesprochen, beziehungsweise angewendet, daß nach dem Landrecht gestattet sei, den Adulterinen durch landesherrliches Reskript volle Legitimation zu ertheilen.[95] Es liegt kein zureichender Grund vor, diese seit 50 Jahren konstant festgehaltene, und zumal mit den milderen Anschauungen der Neuzeit im Einklang stehende, Thesis aufzugeben. Hält man sie aber fest, so ist man nur um so mehr berechtigt, die Legitimation der Ehebruchskinder durch nachfolgende legitime Ehe für nicht durch das Landrecht ausgeschlossen anzusehen, als die von

[94] Reyscher, Gesetzessammlung Bd. VII, Abth. 2, S. 1754 Ziff. 1359.

[95] Dieses Archiv Bd. III, S. 266 ff.; vergl. auch Seuffert, Archiv Bd. III, Nro. 65; Bd. XIII, Nro. 42; Bd. XIV, Nro. 239.

Digitized by Google

der Legitimation durch landesherrliches Reskript handelnden §§. 2 ff. des Tit. 17 unter der gleichen Ueberschrift stehen, wie der §. 1, hiernach, wenn jene die Adulterinen nicht ausschließen, dieß auch von dem §. 1 gelten muß; wozu noch kommt, daß nach dem weiter oben Angeführten der legitimen Ehe vermöge ihrer inneren Natur zum mindesten keine beschränktere Wirkung beizulegen ist, als dem landesherrlichen Reskript.

Entscheidung des Obertribunals vom 5. Januar 1869 in der Appellationssache F. c. F.

26) Anfechtung eines nach der vierten Form des württ. Landrechts gefertigten Testaments, weil es nicht von dem Notar selbst niedergeschrieben worden; Unschädlichkeit der Verletzung von Formen, welche nicht der Testator selbst zu beobachten hat.

Die Kläger sprechen dem Testament die formelle Giltigkeit aus dem Grunde ab, weil es nicht von dem Gerichtsnotar eigenhändig niedergeschrieben, sondern durch den Gehilfen desselben zu Papier gebracht worden. Dafür, daß dieß ein wesentliches Erforderniß für die Rechtsgiltigkeit des Testaments sei, berufen sich die Kläger einmal darauf, daß Notariatsprotokolle und Instrumente von dem dieselben verfassenden Notar eigenhändig geschrieben werden müssen, und dann daß dieß für Testamente nach der vierten Form des Landrechts durch letzteres Gesetz Thl. III, Tit. 3, §. 11 ausdrücklich vorgeschrieben sei. Allein was den ersteren Grund betrifft, so ist die Praxis darüber einig, daß bei Testamenten lediglich die von dem Landrecht vorgeschriebenen Formen zu beobachten sind.[96] Was aber die Vorschriften des Landrechts betrifft, so kann dahin gestellt bleiben, ob dieselben als wesentliches Erforderniß der Giltigkeit eines Testaments nach der vierten Form des

[96] Bolley, in Sarwey's Monatschrift Bd. III, S. 201.

Digitized by Google

Landrechts das eigenhändige Niederschreiben der Testamentsurkunde durch den Notar enthalten. Denn jedenfalls würde die Nichtbeachtung einer solchen Vorschrift das Testament nicht ungiltig machen. Das Landrecht Thl. III, Tit. 3, §. 10 bestimmt, was der Testirer seiner Seits zu beobachten hat, nämlich die Berufung des Notars und der Zeugen, sowie die Eröffnung seines Willens vor denselben; im §. 11 ist hierauf verordnet, was der Schreiber oder Notar zu besorgen habe. Nun sagt §. 5 desselben Titels des Landrechts, daß wegen Unterlassung dessen, so nicht der testirenden Person, sondern den Stadt- oder Dorfschreibern und andern bei Aufrichtung der letzten Willen gebrauchten Personen zu thun und zu verrichten gebührt, die Testamente nicht für unkräftig gehalten werden sollen, eine Bestimmung, welche von den württ. Rechtslehrern und der Praxis als allgemeine Norm aufgefaßt wird.[97] Hieraus ergibt sich, daß dieser Anfechtungsgrund nicht gegründet ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Juni 1862 in der Appellationssache H. c. S.

27) Nichtigkeit eines schriftlichen Elterntestaments wegen unrichtigen Zeitdatums; Kodizillarklausel.

Das von Christian B. von C. errichtete schriftliche Testament zwischen seinen Kindern trug das Datum vom 22. April 1860, während erwiesenermaßen das Testament nebst dem Datum zwar an diesem Tage von dem einen der beiden Söhne des Testators Wilhelm B. niedergeschrieben, jedoch erst am folgenden Tage von dem Testator unterzeichnet worden ist. Das Testament wurde aus die-

---

[97] Griesinger, Komm. Bd. V. S. 89; Bolley, a. a. O. S. 206; Derselbe, 33 Aufsätze S. 418, Note c; Reinhardt, Komm. Bd. II, S. 38, Note 2; Weishaar, württ. Privatrecht Thl. II, §. 825, Note a; Reyscher, württ. Privatrecht Bd. III, §. 644; Hochstetter, Annot. ad jus prov. wurtt., p. 241; Stein, Erbrecht (3. Aufl.) §. 46.

Digitized by Google

sem Grunde als nichtig angefochten und in Folge dessen auch sowohl von dem Gerichtshofe zu Ellwangen, als von dem Obertribunal für ungiltig erklärt. In den Entscheidungsgründen des Gerichtshofes zu dessen Erkenntniß vom 19. Sept. 1862 ist dießfalls gesagt:

Zu der Form des schriftlichen privilegirten Testaments der Aszendenten unter ihren Deszendenten verlangt das Landrecht in Thl. III, Tit. 5, §. 4, daß in demselben „das Jahr, Monat und Tag fürgangener schriftlicher Testirung vermeldt werden soll." Dieses Erforderniß ist, wie das, daß die Hauptpunkte des letzten Willens „mit gantzen Worten und nicht mit Ziffern gesetzt" werden sollen, „zu Verhütung aller besorgten Gefährlichkeit und Betrugs" aufgestellt. Dem Erfordernisse der Beisetzung eines Datum ist in dem fraglichen Testamente insofern äußerlich genügt, als derselbe als solches den 22. April 1860 enthält. Allein erwiesenermaßen ist das vom 22. April datirte Testament an diesem Tage zwar von Wilhelm B. niedergeschrieben, aber erst am darauf folgenden Tage, am 23. April, vom Erblasser unterschrieben worden ..... Wenn nun aber das Landrecht für ein schriftliches privilegirtes Testament der Eltern unter ihren Kindern die Angabe von „Jahr, Monat und Tag fürgangener schriftlicher Testirung" verlangt, so ist damit, wie schon die gebrauchten Worte „fürgangene Testirung" besagen, die Angabe desjenigen Tages verlangt, an welchem das Testament so fertig geworden ist, daß es nun ein Testament ist, als solches rechtliche Giltigkeit hat, denn „fürgangen" (vorgegangen) ist die Testirung noch nicht, wenn ein Testament noch nicht so weit fertig ist, daß es giltig ist, wenn z. B. ein schriftliches Testament, das der Solennisirung vor Notar und Zeugen bedarf, erst für diesen Akt vorbereitet, wenn ein Testament, das von dem Testirer eigenhändig unterzeichnet werden muß, zwar im Kontexte geschrieben, aber noch nicht vom Erblasser unterzeichnet ist. So lange diese Solennisirung, diese Unterschrift fehlt, ist der vorhandene Aufsatz

Digitized by Google

ein bloßer, rechtlich werthloser Entwurf; erst wenn er solennisirt, bezw. unterschrieben ist, bildet er eine „Testirung". Es muß daher schon nach den in dem Gesetze gebrauchten Worten die Angabe des Tages des Unterschreibens als die von dem Gesetze verlangte Angabe des Tages der schriftlichen Testirung angesehen werden. Das Nämliche ergibt sich auch aus der von dem Gesetze selbst ausdrücklich angegebenen Absicht, aus welcher die fragliche Form erfordert wird, nämlich „Verhütung aller besorgten Gefährlichkeit und Betrugs". Bekanntlich kann mit der Angabe eines unrichtigen Datum in Testamenten vielfach Mißbrauch und Betrug getrieben werden, z. B. durch Einsetzung eines früheren als des wahren Datum, um zu verbergen, daß das Testament erst zu einer Zeit zu Stande gekommen, zu welcher der Testator nicht mehr bei vollen Verstandskräften war. Die Gefahr derartigen Betruges ist bei Testamenten, welche vor der Obrigkeit oder vor einer größeren Anzahl von Zeugen errichtet werden müssen, wo schon wegen der Theilnahme weiterer Personen nicht nur die Verübung sehr erschwert, sondern auch die Ermittelung des wahren Datum weniger schwierig ist, weit entfernter, als bei Testamenten, welche, wie die schriftlichen Testamente von Eltern unter ihren Kindern, ohne alle Mitwirkung der Obrigkeit oder vor zwei Zeugen vom Testator ganz allein errichtet werden können. Würde man bei den sonst an so wenige Formen geknüpften schriftlichen Testamenten der Eltern unter ihren Kindern nicht strenge mit dem Buchstaben des Gesetzes die Angabe des Tages des wirklichen Zustandekommens, desjenigen Tages, an welchem der das Testament vorstellende Aufsatz so abgeschlossen worden ist, daß er nun ein giltiges Testament bildet, als den Tag fürgangener schriftlicher Testirung verlangen, sondern sich mit der Angabe des Tages, an welchem das Testament nur entworfen, nur angefangen worden, aber nicht zum Abschluß gekommen ist, begnügen, so wäre die Erreichung der mit dieser Form bezweckten Absicht sehr

Digitized by Google

erschwert, die Umgehung der Absicht dieser Form sehr leicht gemacht, was gegen den ausgesprochenen Zweck des sie vorschreibenden Gesetzes wäre und daher auch aus diesem Grund nicht angenommen werden dürfte. Nimmt man hiezu noch die Natur der Sache und die allgemeine Regel, daß die Ausfertigung jeder Urkunde mit dem wahren Datum, an welchem sie geschehen ist, versehen sein soll, bei einer Urkunde, deren Unterzeichnung nothwendig ist, aber der Tag dieser Unterzeichnung entscheidet, so ist in dem vorliegenden Falle, wo der Tag der Unterzeichnung des Testamentsaufsatzes erwiesenermaßen in dem Testamente nicht, sondern ein anderer angegeben ist, der zu dem rechtlichen Bestande des Testaments gesetzlich erforderten Förmlichkeit nicht entsprochen und daher das Testament nicht rechtsgiltig.

In den Entscheidungsgründen des Obertribunals wurde hiezu noch weiter bemerkt: Daß die vom schriftlichen Testament der Eltern zwischen Kindern handelnde Landrechtsstelle Thl. III, T. 5, §. 4 unter „fürgangener schriftlicher Testirung" deren Tag, Monat und Jahr sie vermeldet wissen will, die Zeit versteht, wo das Testament vom Testator mit eigener Hand unterschrieben, und nicht schon die Zeit, wo das zu Unterschreibende aufgesetzt worden ist, hat schon der vorige Richter nachgewiesen. Etwas Anderes läßt sich auch daraus nicht ableiten, daß als Zweck der gedachten Vorschrift in dem Gesetze selbst die Verhütung aller besorgten Gefährlichkeit und Betruges angegeben ist. Denn da das Gesetz klar und bestimmt vorschreibt, daß im Testament Jahr, Monat und Tag seiner Errichtung vermeldet werden soll, so würde es, selbst wenn bei einem Verstoße hiegegen der im Gesetze ausgesprochene Grund, welcher ja nie als Bestandtheil des Gesetzes angesehen werden darf,[98] nicht zutreffen würde, nicht erlaubt sein, einen dem klaren Sinne des Gesetzes wider-

[98] Savigny, System Bd. I, S. 218.

Digitized by Google

sprechenden Sinn aufzustellen[99] und es würde der gedachten Vorschrift des Gesetzes durch Angabe eines unrichtigen Tages der Testamentserrichtung ebensowenig Genüge geleistet sein, als wenn das Testament ein Datum gar nicht enthält. Es ist aber nicht einmal richtig, daß nur, wenn dem Testament das Datum ganz fehlt, nicht aber wenn es ein unrichtiges Datum trägt, von zu besorgender Gefahr die Rede sein könne. Namentlich kann, wenn das Testament und dessen Datum nicht von dem Testator selbst, sondern, wie in vorliegendem Falle, von einem Andern geschrieben ist, bei einem unrichtigen Datum insofern Gefahr unterlaufen, als die Unterzeichnung des Testaments durch den Testator zu einer Zeit stattgefunden haben kann, wo er vermöge seiner geistigen Beschaffenheit zum Testiren nicht mehr befähigt war, das Datum aber auf eine Zeit lautet, wo jener Zustand noch nicht eingetreten war, und kann der kürzere oder längere Zwischenraum zwischen dem unrichtigen und dem wahren Datum selbstverständlich nicht in Betracht kommen. Es ist auch, wenn dargethan werden könnte, daß der Testator zur Zeit der Unterzeichnung des Testaments testirfähig gewesen, dieses ebenso unerheblich, als wenn bei gänzlich fehlendem Datum bewiesen werden könnte, zu welcher Zeit es errichtet worden, und daß der Testator zu dieser Zeit testirfähig gewesen. Denn nicht bloß ein wirklich stattgehabter Betrug macht das Testament ungiltig, sondern auch ein Mangel der Form, welche zu Verhütung eines Betruges vorgeschrieben ist. Nun sind zwar nach der Bestimmung des Landrechts Theil III, Tit. 3, §. 15 nur diejenigen Förmlichkeiten zur Giltigkeit eines Testaments wesentlich nothwendig, welche der Testator selbst zu beobachten hat, wogegen die Unterlassung derjenigen Förmlichkeiten, welche von den bei der Errichtung des Testaments gebrauchten Personen beobachtet werden sollen, keinen Einfluß auf die

[99] Vangerow, Pand. Bd. I, S. 60, 61.

Digitized by Google

Giltigkeit des letzten Willens hat, wenn derselbe nur durch die bei der gewählten Form erforderliche Anzahl von betreffenden Personen erwiesen werden kann.[100] Da nun das in dem hier in Frage stehenden Testament enthaltene unrichtige Datum nicht vom Testator selbst, sondern, wie der Text des Testaments, von einem Dritten herrührt, so könnte es sich fragen, ob nicht die erwähnte Gesetzesbestimmung in vorliegendem Falle zur Anwendung komme. Allein dieß kann schon aus dem Grunde nicht stattfinden, weil es keineswegs zur Form des fraglichen Testaments gehört, daß dasselbe von einem Dritten geschrieben werde, indem vielmehr dießfalls dem Testator die Wahl gelassen ist, und weil, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht und sein Testament einen andern schreiben läßt und es dann unterschreibt, dieß ebenso anzusehen ist, als ob er es selbst geschrieben hätte, so daß also eine dießfällige Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form die Ungiltigkeit des Testaments zur Folge haben muß. Dem in Frage stehenden Testament ist die Kodizillarklausel beigefügt, auch will für den Fall, daß dieß nicht geschehen, das Landrecht Thl. III, Tit. 5, §. 12 die Klausel als stillschweigend angehängt betrachtet wissen. Durch diese Klausel kann aber ein schriftliches Testament der Eltern zwischen Kindern, dem das rechte Datum nicht beigefügt ist, nicht giltig werden, und zwar deßwegen nicht, weil, wie dies Griesinger[101] richtig ausführt, die fragliche Vorschrift, wonach das Datum der Testamentserrichtung beigesetzt sein muß, keinen Sinn hätte, wenn der Nichtbeobachtung dieser Vorschrift ungeachtet das Testament vermöge der stillschweigenden Kodizillarklausel Giltigkeit erlangen würde.

Entscheidung des Obertribunals vom 20. Oktober 1863 in der Appellationssache B. c. B.

---

[100] Entsch. des Obertribunals vom 14. Juni 1851 in Sachen J. c. H.; vom 17. Juni 1862 in Sachen H. c. S. — vgl. Nro. 26 dieser Mittheilungen.

[101] Kommentar zum Landrecht Bd. V., S. 140.

Digitized by Google

28) Können nach württemb. Rechte Legate durch formlose Willenserklärung widerrufen werden?

Der Widerruf eines Legates ist nach dem Gesetze an keine Form gebunden, er kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Dieß ist, was das gemeine Recht anlangt, wenn auch früherhin bestritten, gegenwärtig die in Theorie und Praxis entschieden herrschende Ansicht, welche von Mühlenbruch und Fein [102] mit überzeugenden Gründen als die richtige nachgewiesen worden ist. [103] Die Vorschriften des gemeinen Rechtes aber sind nicht geändert durch das Landrecht, welches in Thl. III, Tit. 24, §. 12 lediglich ausspricht, daß jeder Erblasser befugt sei, die ausgesetzten Legate zu ändern oder aufzuheben, und dabei Bezug nimmt auf den gleichen in Tit. 20, §. 1 bezüglich der Aenderung oder Zurücknahme der Testamente im Allgemeinen aufgestellten Satz, dagegen über die Form, in welcher Legate aufgehoben werden können, nichts bestimmt und es somit hierin beim gemeinen Rechte beläßt. Dieß wird noch speziell dadurch bestätigt, daß im zweiten Landrechte und in den Zusatzvorschlägen des Dr. Eisengrein die einschlagenden Bestimmungen in einer Weise gefaßt waren, daß der ausdrückliche Widerruf auf die Form des Testamentes oder Kodizills, der stillschweigende auf einzelne bestimmte Fälle beschränkt erschien, wogegen in der endlichen Redaktion jede Andeutung einer Beschränkung des Widerrufsrechtes auf bestimmte Formen und Fälle weggeblieben ist. [104] Dieß ist denn auch die Ansicht der württembergischen Rechtslehrer, welche überall keine

---

[102] Mühlenbruch in Glücks Pand.-Komm. Bd. XXXVIII, S. 320—334 und Fein ebendas. Bd. XLV, S. 148—154.

[103] Vergl. auch die Zitate in Glück, Komm. Bd. XLV, S. 149, Note 50, 51 und 56; Seuffert, Archiv Bd. IV, Nro. 240, Bd. VI, Nro. 53.

[104] Reyscher, Gerichtsges. Bd. I, zweites Landrecht Thl. III, a. a. O.; Faber und Schloßberger, Landrechtsakten S. 454 f., S. 599, 660, vergl. mit §. 12 cit.

Digitized by Google

Abweichung vom gemeinen Rechte erwähnen.[105] Wenn auch Reinhardt, Griesinger und Jeitter, gleich manchen Lehrern des gemeinen Rechtes, sich dahin ausdrücken, der ausdrückliche Widerruf eines Legates könne giltig vor zwei Zeugen oder in einem Zettel erfolgen,[106] so wollen dieselben damit wohl keine Formbeschränkung, wofür jeder Anhaltspunkt fehlt, aufstellen, sondern sie scheinen nur die Fälle auszuheben, in welchen regelmäßig allein die mit Worten erklärte Willensänderung des Testirers und deren Ernstlichkeit erweislich sein wird, ohne daß dadurch Fälle, in welchen dieser Beweis auf andere Art geführt werden kann, ausgeschlossen wären. Andernfalls könnte ihre Ansicht, als eine gänzlich unbegründete, keine Beachtung finden.

Entscheidung des Obertribunals vom 13. Juni 1864 in der Appellationssache M. c. M.

In dem Vortrag des Referenten wurde noch weiter bemerkt: Nach gemeinem Rechte war es früher, insbesondere im siebenzehnten Jahrhundert, sehr bestritten, ob Legate auch durch einen formlosen wörtlichen Widerruf aufgehoben werden können, oder ob ein solcher in Kodizillarform oder in den für den Widerruf von Testamenten vorgeschriebenen Formen erfolgen müsse. Gegenwärtig aber wird es wohl als die einstimmige Ansicht der Rechtslehrer wie der Praxis bezeichnet werden dürfen, daß Legate nicht nur durch förmliche letztwillige Verfügungen, in den Formen des Testamentswiderrufs, oder durch sog. Realrevokation (Ver-

---

[105] Plebst, disput. novantiquæ (1614) Tom. III, §. 318; Besold, disput. jur. ad. jus prov. würt. p. 145, Nro. 153; Weishaar, württ. Privatrecht Bd. II, §. 943; Stein, Erbrecht (Ausg. von Kübel) §. 371; Sarwey, Monatschrift Bd. II, S. 481 ff.; Reinhardt, Komm. zum Landrecht Bd. II, S. 261; Griesinger, Komm. Bd. VI, S. 575 f.; Bd. IV, S. 1033; Jeitter, Handb. der freiw. Gerichtsbarkeit, §. 701.

[106] Vergl. Hofacker, princ. jur. Tom. II, §. 1585; Holzschuher, Theorie (1. Ausg.) Bd. II, Abth. 1, S. 866.

Digitized by Google

nichtung), sondern nach den vorzüglich in den Pandekten vorgetragenen Grundsätzen auch durch formlose Willenserklärung, sei diese ausdrücklich oder stillschweigend, ja selbst nach Umständen schon in Folge präsumirten Willens ihre Giltigkeit verlieren.

Nach älterem römischem Rechte konnten die förmlichen Legate nur in einem neuen Testamente oder in einem bestätigten Kodizill je nach der Art ihrer Errichtung, aufgehoben werden,[107] wogegen Fideikommisse stets nuda voluntate aufgehoben werden, auch seit zu Errichtung derselben eine bestimmte Form nöthig war — l. 18, D. de leg. III; cst. 27, Cod. de fideicomm. (6, 42). — Dieser Grundsatz wurde später auch auf Legate ausgedehnt, indem demjenigen Legatar, welcher den (letzten) Willen des Testators gegen sich hatte, eine exceptio doli entgegengehalten werden konnte, wenn jenes auch nur die nuda voluntas war oder wenn dieser Wille auch nur wegen aufgehobener Todfeindschaft oder wegen Veräußerung der legirten Sache und dergl. vermuthet werden konnte, und dieß wird uns als das geltende Recht in den Pandekten namentlich vorgetragen.[108] Beispiele eines mündlichen Widerrufs und des Beweises dabei sind uns nicht aufbehalten; auf eine formlose Schrift scheinen dagegen zu deuten die Beispiele in l. 13, D. de ademt. leg. „postrema scriptura“ und in l. 17, D. eod. „ut priorem scripturam posteriore corrigere, commutare.“ Es wirft sich nun zwar der Zweifel auf, ob dieses Recht nicht geändert sei durch die Bestimmungen im Kodex. In cst. 27, Cod. de testamentis (6, 23) hat Justinian nämlich verordnet, daß, wer ein Testament widerrufen wolle, dieß vor drei Zeugen oder

---

[107] Ulpiani, Fragm. Tit. 24, §. 9; cf. pr. J. de ademtione leg. (2, 21).

[108] l. 3, §. 11, l. 4, l. 13, 29, l. 15, 18, l. 24, §. 1, l. 16, 17, 22, D. de ademt. leg. (34, 4); l. 65, §. 2, D. de leg. I; l. 88, D. de leg. III.

Digitized by Google

vor Gericht erklären und hierauf noch ein Dezennium ablaufen müsse. Allein da zuvor Erbeinsetzungen nur durch ein neues Testament aufgehoben werden konnten, somit die cst. 27 eine Erleichterung der bisherigen Weise, ein Testament in toto aufzuheben, einführte, so ist nicht anzunehmen, daß sie den Widerruf bei Vermächtnissen, wo dieser bisher ohne Form wirksam war, erschweren wollte. In der cst. 8, §. ult. Cod. de codicillis (6, 36) ist sodann wieder für die Giltigkeit jeder ultima voluntas, excepto testamento, die Anwesenheit von fünf Zeugen für nöthig erklärt, und man könnte, wie z. B. Lauterbach [109] es thut, zu schließen geneigt sein, daß dieß auch für widerrufende Verfügungen, die ja auch ultimæ voluntates sind, gelte. Dieß widerlegt sich jedoch schlagend dadurch, daß Justinian selbst in den Institutionen die stillschweigende (oder vermuthete) Ademtion der Legate durch Veräußerung der vermachten Sache als geltendes Recht anerkennt. [110] Hieraus aber kann mit Grund gefolgert werden, daß auch die übrigen in den Pandekten vorgetragenen Beispiele der formlosen vermutheten, stillschweigenden oder schriftlichen Revokation eines Legates geltendes Recht seien, und daß, da hiernach lediglich die nuda voluntas entscheidet, der Beweis derselben, mag sie aus Thatsachen gefolgert oder wörtlich erklärt worden sein, auf jede zulässige Weise, also z. B. durch Zeugenbeweis, Eideszuschiebung oder Indizienbeweis hergestellt werden kann. [111] Nun anerkennen zwar die Gegner die Wirksamkeit des Widerrufs, der aus konkludenten Thatsachen zu folgern, oder gesetzlich zu vermuthen sei, halten aber einen Schluß hievon auf die Wirksamkeit des formlosen wörtlichen Widerrufs für unzulässig, weil Thatsachen bei der Willenserklärung mehr

---

[109] Coll. th. pract. ad XXXIV, 4 §. V.

[110] §. 12, Inst. de legatis (2, 20).

[111] Glück, Kommentar Bd. XXXVIII, S. 320—334; Bd. XLV, S. 148—154.

Digitized by Google

ins Gewicht fallen als bloße Worte. [112] Wenn nun gleich dieser Grund offenbar nicht hinreicht, um für jeden mündlichen oder schriftlichen Widerruf die Zuziehung von Zeugen und gar von fünf Zeugen zu verlangen, so ist doch nicht zu verkennen, daß in jener Bemerkung etwas Wahres enthalten ist. Muß es überhaupt schon legislatorisch für bedenklich gehalten werden, daß ein durchaus formloser Widerruf der Legate, wirksam sein soll, so stellt sich bei einem mündlich erklärten Widerruf noch mehr, als bei einem aus Thatsachen zu folgernden, diese Unzuträglichkeit heraus, weil es hier, wenn nicht der Erblasser von freien Stücken seiner Erklärung eine gewisse Förmlichkeit gegeben oder den Widerruf direkt dem Honorirten gegenüber ausgesprochen hat, sehr an Merkmalen zur Prüfung der Ernstlichkeit des Willens fehlen wird. Solchen Erwägungen mag es denn auch zuzuschreiben sein, daß viele Schriftsteller lehren, der Widerruf eines Legates könne erfolgen entweder ausdrücklich, nämlich vor zwei Zeugen oder in einer Schrift, oder aber stillschweigend. [113] Es kann jedoch nicht angenommen werden, daß diese Schriftsteller damit eine besondere Form des wörtlich erklärten Widerrufs, nämlich entweder Schriftlichkeit oder Zuziehung von zwei Zeugen als Requisit aufstellen wollen, wie sie denn auch hiefür sich auf kein Gesetz beziehen, sondern sie erwähnen einfach diejenigen Fälle, in denen regelmäßig allein die Erklärung und die Ernstlichkeit des Willens nachweisbar sein wird, wodurch aber andere, wie z. B. die Erklärung vor einer obrigkeitlichen Person, oder der Beweis durch Eidesdelation, wenn die Erklärung dem Honorirten gegenüber erfolgt sein soll, nicht ausgeschlossen sein

---

[112] Lauterbach, l. c. §. 6.

[113] So z. B. außer manchen württemb. Rechtslehrern Hofacker, princ. Tom. II, §. 1585: „evanescit legatum . . . nuda voluntate, sive verbis quovis modo coram duobus testibus, vel in schedula, sive factis expressa;“ Holzschuher, Theorie Bd. II, Abth. 1, S. 866 und die dort Angeführten.

Digitized by Google

können. So erklären sich denn auch weitaus die meisten neueren Schriftsteller für die unbedingte Zulässigkeit des formlosen Widerrufs durch eine irgendwie erweisliche wörtliche oder stillschweigende Erklärung. [114]

Das württembergische Recht will hievon nicht abweichen. In dem „von Veränderung und Aufhebung der Legate" handelnden §. 12 des Theils III, Tit. 24 des Landrechts [115] ist einzig die Befugniß des Erblassers, die ausgesetzten Legate zu ändern oder aufzuheben, gewahrt, und zur Begründung dieses Satzes darauf Bezug genommen, daß es auch Jedem freistehe, sein Testament zu ändern oder aufzuheben. Daß die Aufhebung der Legate in derselben Form geschehen müsse, wie die der Testamente, kann daraus, daß die beiderlei Befugnisse durch die Worte: „Wie" und „Also" in Vergleichung gesetzt sind, entfernt nicht gefolgert werden. Im Gegentheil korrespondirt der §. 12 nur dem §. 1 des Tit. 20, wo die Befugniß, ein errichtetes Testament aufzuheben oder zu ändern, des Näheren behandelt wird, nicht aber den folgenden Paragraphen des Tit. 20, wo die verschiedenen Formen der Arten des Testamentswiderrufs dargestellt werden. Daher ist die

---

[114] Mühlenbruch, Pand. §. 784, Note 3; derselbe in Glücks Komm. Bd. XXXVIII a. a. O.; Schweppe, röm. Privatrecht §. 912, Bd. V, S. 338; Göschen, Vorlesungen Bd. III, Abth. 2, S. 594, 596; Puchta, Pand. §. 537; Arndts, Pand. §. 551; derselbe in Weiskes Rechtslexikon Bd. VI, S. 298; Seuffert, Pand., §. 627, 628; Sintenis, Civilrecht, 1. Ausg., Bd. III, S. 732 f.; Fein in Glücks Komm. Bd. XLV, S. 149, 150, welch' letzterer noch eine Reihe weiterer Schriftsteller für die im Texte aufgestellte Ansicht und aus neuerer Zeit keinen Dissentienten anführt, auch unter Anführung von Belegen bezeugt, daß sich die Praxis für dieselbe Ansicht entschieden ausgesprochen habe. Vergl. auch Seuffert, Archiv Bd. IV, Nr. 240; Bd. VI, Nr. 53.

[115] „Wie einem jeden frey steht, sein auffgericht Testament bey seinen Lebzeiten zu ändern oder gar auffzuheben: Also soll auch einem Testirer, die Legata wiederumb zu ändern, auff einen andern zu richten, oder gar auffzuheben, ohnbenommen sein."

Digitized by Google

Annahme durchaus gerechtfertigt, es habe das Landrecht in der Lehre von der Aufhebung der Legate, als einem minderwichtigen Punkte, lediglich bei den Grundsätzen des gemeinen Rechtes es belassen wollen. Auch die Entstehungsgeschichte des §. 12 führt nicht auf ein anderes Resultat, sondern bestätigt vielmehr das bisherige. Das zweite Landrecht sagte nämlich an der entsprechenden Stelle: daß jeder, wie er sein Testament ändern oder abthun möge, so auch die Legate, die er in seinem Testament oder Kodizill verlassen, wohl wiederum abändern, auf einen Andern wenden oder gar aufheben möge, durch Testament oder Kodizill, auf Maß und Weg, wie solche aufzurichten oder verschaffen ihm zugelassen und oben gesetzt ist; (eine Bestimmung, die sich daraus erklären wird, daß im Tit. Inst. de ademtione legatorum (2, 21) die verschiedenen Arten der Ademtion nicht aufgeführt sind, sondern nur gesagt ist: „ademtio legatorum [sive eodem testamento adimantur sive codicillis] firma est.“ cf. l. 25 de R. J.). Hierüber bemerkt nun Eisengrein in seiner Relation zu dieser Stelle: [116] „Demnach in diesem Titulo allein von solcher Verenderung vnd aufhebung der legaten, so durch testament oder codicill ausdruckenlichen und mit Worten beschieht, disponiert würdt. Vnd aber noch andere mehr modi in jure tractiert werden, dadurch die legata tacite solo facto et sine verbis revociert vnd transferiert werden, davon aber im Landtrechten nichts gemelt würdt, selbige weiß und weg zu wissen den Richtern vnd meniglichen nothwendig, als weren zu erklerung vnd mehrer information dißer materien nachvolgende newe Satzungen diesem Titulo anzuhenken: Es werden auch neben solcher ausdruckenlicher auffhebung die Legata tacite stillschweigendt für widerrüefft gehalten, wan der Testierer.“ Nun folgt eine Reihe von Beispielen nebst Ausnahmen, nämlich Todtfeindschaft,

[116] Faber und Schloßberger, Landrechtsakten S. 454.

Digitized by Google

Veräußerung, Veränderung oder Zerstörung der legirten Sache. Hiebei folgte Eisengrein hauptsächlich der Auktorität des Gomez, lib. I. var. resol. cap. 12, Nro. 56 (1596), welcher neben der stillschweigenden eine ausdrückliche Revokation der Legate ebenfalls nur durch Testament oder Kodizill kennt. Eisengreins Antrag wurde von der Kommission angenommen. [117] Allein im dritten Landrecht selbst sind nicht nur alle Eisengrein'schen Zusätze weggeblieben, sondern es ist auch die Stelle des zweiten Landrechts in der bekannten Weise vereinfacht, wobei also namentlich die Bestimmung, daß die Aufhebung erfolgen möge durch Testament oder Kodizill, auf dieselbe Weise, wie die Anordnung erfolgt sei, weggefallen ist. Durch diese Aenderung, welche ohne Zweifel bei der bereits mit dem dritten Landrecht übereinstimmenden Enzlin'schen Revision bewirkt worden ist, ist klar ausgedrückt, daß man die Disposition des zweiten Landrechts, insoweit sie als eine Beschränkung der gemeinrechtlichen Aufhebungsarten aufgefaßt werden konnte, beseitigen und bezüglich der Art, wie Legate sollten widerrufen werden können, lediglich die Grundsätze des gemeinen Rechtes entscheiden lassen, also namentlich es nicht bei den jedenfalls ungenügenden Eisengrein'schen Vorschlägen, (welche z. B. die Realrevokation hier ganz übergehen) belassen wollte. Daß auch die Verfasser der jetzt vorliegenden Landrechtsstelle die Ansicht damaliger Rechtslehrer theilten, eine wörtliche Revokation könne nur im Testament oder Kodizill erfolgen, ist hienach kaum wahrscheinlich; wäre dieß aber auch, so hätten wir doch das römische Recht in dem jetzt für richtig erkannten Sinne anzuwenden. [118] So spricht von den Schriftstellern über württemb. Recht schon Plebst [119] ganz die richtige Ansicht aus: es komme nichts darauf an,

[117] Ebendaselbst S. 599.

[118] Wächter, württ. Privatrecht Bd. I, S. 336.

[119] Disputat. novantiquae (1614) P. III, §. 318.

ob die ademtio verbis in Teſtament oder Kodizill, ſchriftlich oder mündlich geſchehe, wenn nur die Willensänderung, welche nicht anderweit konſtatirt ſei, durch mindeſtens zwei Zeugen bewieſen werde. Ferner Beſold,[120] der kurz ſagt, der Widerruf werde durch zwei Zeugen bewieſen. Nach dem Bisherigen können auch diejenigen württembergiſchen Schriftſteller nicht als Diſſentienten angeſehen werden, welche wie Grieſinger, Reinhardt und Jeitter[121] ſagen: Der ausdrückliche Widerruf eines Legates erfolge giltig vor zwei Zeugen oder in einem Zettel. Von den übrigen Schriftſtellern des württemb. Rechtes erwähnt Weishaar[122] einfach des Widerrufs als einer Art des Verluſtes der Legate, Reyſcher[123] übergeht den Widerruf der Legate ganz. Dagegen iſt in Stein's Erbrecht[124] zwar ganz allgemein, aber richtig geſagt: ein Legat werde verloren, wenn der Erblaſſer das Legat ausdrücklich oder ſtillſchweigend widerrufen habe. Auch in einem Aufſatze in Sarwey's Monatſchrift[125] iſt wenigſtens die ſtillſchweigende Ademtion eines Legates als bei uns unzweifelhaft wirkſam vorausgeſetzt.

29) Vermächtniß zu wohlthätigen Zwecken; Verfügungsrecht des Stiftungsrathes.

In einem Teſtament war für „ein armes, aber ganz unbeſcholtenes Brautpaar von und aus E., das ſich durch Sittlichkeit und wahren lutheriſchen geiſtlichen Sinn und Wandel auszeichne", ein Vermächtniß ausgeſetzt worden. Von dem Stiftungsrathe zu E. wurde Wilhelm T. und

---

[120] Disput. jurid. ad Jus prov. (1662) p. 145.

[121] Grieſinger, Komm. Bd. VI, S. 575 f.; Bd. IV, S. 1033; Reinhardt, Komm. Bd. II, S. 261; Jeitter, freiw. Gerichtsbarkeit Bd. I, §. 701, S. 452.

[122] Württ. Privatrecht Bd. II, §. 943.

[123] Württ. Privatrecht vergl. §. 672—680, 685.

[124] §. 371.

[125] Bd. II, S. 481 ff.

Digitized by Google

dessen Braut als das nach seiner Ansicht geeignetste und würdigste Brautpaar erkannt und denselben das Legat zugesprochen. Die Erbin aber war hiemit nicht einverstanden und weigerte sich, das Vermächtniß an das T.'sche Brautpaar auszubezahlen. Das T.'sche Brautpaar erhob daher gerichtliche Klage gegen die Erbin auf Ausfolge des Legates und diese Klage wurde von dem Obertribunal für gegründet erkannt, indem dasselbe davon ausging, daß nicht die Erbin, sondern der Stiftungsrath zu bestimmen habe, wem das Vermächtniß zufallen solle. Es ist, sagen die Entscheidungsgründe, für den Fall eines Legats an Arme in den Gesetzen verordnet, daß, wenn der Erblasser für die Art und Weise der Zuwendung einen Spielraum übrig gelassen, also nicht speziell angeführt hat, auf welche Weise die Austheilung unter die Armen geschehen solle, das Legat dem Bischofe zugestellt und diesem die Austheilung überlassen bleiben solle. — Nov. 131, cap. 11: „Si autem non specialiter dixerit (testator), quomodo hoc pauperibus reliquit, praecipimus, episcopum ... percipere easdem res, et .... pauperibus erogare." Zu vergl. die analoge Bestimmung für Legate zur Loslösung von Gefangenen in cst. 28 Cod. de episc. et cler. (1,3). — Die Anwendung dieser gesetzlichen Verordnung auf den vorliegenden Fall, wo es sich gleichfalls um den Zweck der Unterstützung der Armuth handelt, läßt sich mit Grund nicht und um so weniger beanstanden, als derselben keine Singularität, sondern die dem Zwecke der Bedenkung und dem muthmaßlichen Willen des Testirers entsprechende Rücksicht zu Grunde liegt, daß von der zur Aufsicht über wohlthätige Einrichtungen vorhandenen Behörde mit mehr Sicherheit als von dem Erben eine sachkundige, uneigennützige und von Privatmotiven ungetrübte Vollziehung der rücksichtlich ihrer Ausführung unbestimmten Anordnung erwartet werden darf. Die Funktion, welche nach justinianischem Rechte dem Bischof zugetheilt wurde, steht in Verbindung mit dessen in damaliger Zeit bestandenen Auf-

Digitized by Google

gabe der Armenfürsorge und kann nach den heutigen Verhältnissen unbedenklich auf den Stiftungsrath übertragen werden, als diejenige Behörde, welcher die Obsorge für Armenstiftungen gesetzlich übertragen ist (§. 120 des Verwaltungsediktes). Nachdem daher der Stiftungsrath zu E. für die Zuwendung des Legates an das T.'sche Brautpaar sich definitiv ausgesprochen hat, ist die Legitimation der Kläger, auf Grund dieses Beschlusses die Ausfolge des Vermächtnisses von der Erbin zu verlangen, unmittelbar gegeben.

Entscheidung des Obertribunals vom 31. Dezbr. 1864 in der Appellationssache T. u. Gen. c. die Ehefrau des Dr. D.

30) Verlust der Erbschaft wegen Unwürdigkeit des Erben.

Nach dem römischen Rechte wird demjenigen, welcher den Erblasser zwangsweise von Errichtung oder Veränderung eines letzten Willens abgehalten, die Erbschaft wegen Unwürdigkeit von dem Fiskus entzogen.[126] Durch den Art. 20 des Gesetzes vom 5. Septbr. 1839 ist zwar das Nachfolgerecht des Fiskus in Erbschaften, deren der Erbe als unwürdig verlustig geworden, aufgehoben. Allein da der gesetzliche Ausspruch der Unwürdigkeit stehen geblieben ist, so ist die Folge jener Aufhebung des Nachfolgerechtes des Fiskus, daß nun dem Unwürdigen bei Testamentserbschaften (um eine solche handelte es sich in dem vorgelegenen Falle) vom Substituten, ist keiner da, von den Miterben, und sind keine da, von den nächsten Intestaterben die Erbschaft entrissen werden kann.[127] Auch kann es keinen Unterschied begründen, ob die vom Erblasser beabsichtigte und von einem Erben zwangsweise verhinderte Aenderung die Erbeseinsetzung oder ob sie nur Vermächtnisse betraf, weil die

---

[126] l. 1 pr. §. 1 und 2 D. si quis aliquem testari (29,6); cst. 2 Cod. si quis aliquem testari (6,34); Nov. 115, cap. 3, §. 9.

[127] Vergl. Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. XXIII, S. 68.

Digitized by Google

Unwürdigkeit der Handlungsweise es ist, an welche das Gesetz jene Folge knüpft und die Verhinderung des Erblassers an Verschaffung von Vermächtnissen bei dem Erben keinen andern Zweck haben kann, als sich die ihm in Aussicht stehende Erbschaft ungeschmälert zu erhalten.[128]

Entscheidung des Obertribunals vom 24. Oktober 1863 in der Appellationssache L. c. L.

B. Wechselrecht.

31) Kann auch eine Nichthandelsgesellschaft (Handwerkerbank) im Wechselverkehr sich einer Firma bedienen?

(Zu Art. 4 Ziff. 3 der a. d. W.-O.)

Gegen einen gezogenen Wechsel, in welchem als Remittent die Handwerkerbank zu N. bezeichnet war, wurde eingewendet, daß derselbe ungiltig sei, weil nach Art. 4 Ziff. 3 der deutschen Wechselordnung in jedem Wechsel der Name der Person oder die Firma, an welche oder an deren Ordre gezahlt werden solle, anzugeben; die Benennung der Handwerkerbank N. aber weder als eine giltige Namens-, noch Firmenbezeichnung zu betrachten sei; ersteres nicht, weil die gedachte Bank nicht die Rechte einer juristischen Person erlangt habe, letzteres nicht, weil sich nur Handelsgesellschaften im Wechselverkehr einer Firma bedienen dürfen, die Handwerkerbank N. aber nicht zu den Handelsgesellschaften gehöre. Diese Beanstandung der Giltigkeit des Wechsels wurde von dem Obertribunal jedoch nicht als zutreffend erkannt und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe:

„Die Grundsätze über den Gebrauch und die rechtliche Bedeutung der Firmen haben zwar ihre Feststellung und weitere Entwicklung vorzugsweise auf dem Gebiete des Handelsrechtes gefunden, hieraus folgt aber nicht, daß

---

[128] l. 3 D. si quis aliquem testari (29,6).

Digitized by Google

keine andere Gesellschaft als eine Handelsgesellschaft befugt sei, im Geschäftsverkehr sich einer besonderen Namens- oder Firmenbezeichnung zu bedienen. Wie die allgemeinen civilrechtlichen Bestimmungen über die Haftung der Gesellschafter aus Handlungen ihrer Institoren, beziehungsweise aus Verträgen, welche unter einer Firma abgeschlossen worden, nicht bloß auf Handelsgesellschaften, sondern auch auf viele andere Societäten (z. B. auf sogen. Leih- und Sparkassenvereine) Anwendung gefunden haben, so sind auch Wechsel, welche nicht auf Handels-, sondern auf andere, z. B. Handwerker-Gesellschaften unter der von ihnen angenommenen Firma ausgestellt waren, bisher als formell giltig betrachtet worden.[129] Die sogen. Handwerkerbanken, Vorschußvereine und ähnliche Institute im Wechselverkehr nach anderen Grundsätzen zu behandeln, wäre nicht gerechtfertigt, auch wenn man dieselben von den eigentlichen Erwerbsgesellschaften ausscheiden will. Diese gemeinnützigen Genossenschaften haben sich schon seit längerer Zeit in Deutschland und speziell auch in Württemberg eingebürgert und bestehen bis jetzt in anerkannter Giltigkeit.[130] Die meisten dieser Institute können aber des Wechselverkehrs so wenig entbehren, als die Handelsgesellschaften und haben sich auch desselben, soviel bekannt, bisher ohne Beanstandung bedient. Wie nun die Wechselziehung bei solchen Vereinen in geeigneter Weise stattfinden sollte, wenn dieß nicht unter einem kurzen Kollektivnamen geschehen dürfte, ist nicht wohl abzusehen. Die gegentheilige Annahme würde also wohl zu der Konsequenz führen, daß Vereine der genannten Art von dem Wechselverkehr überhaupt ausgeschlossen, beziehungsweise, daß die zahlreichen im Kurs befindlichen Wechsel aller Vereine, welche nicht zu den

---

[129] Vergl. Borchardt, Wechselordnung, 4. Aufl., S. 65, Zus. 130; Tafel, Civilrechtsspr. Bd. VI, S. 264.

[130] Wechsel-Archiv Bd. XV, S. 373; Seuffert, Archiv Bd. XXI, Nr. 96.

Digitized by Google

Handelsgesellschaften oder juristischen Personen gehören, als rechtlich ungiltig zu betrachten wären. Einer solchen Auffassung beizutreten, muß man um so mehr Anstand nehmen, als vor Einführung des Handelsgesetzbuches (zu welcher Zeit der hier in Frage stehende Wechsel ausgestellt worden) das Gebiet der eigentlichen Handels- und Bankgeschäfte noch gar nicht genau von Unternehmungen verwandter Art abgegrenzt war, wie denn auch jetzt noch theilweise Streit darüber besteht, ob und wie weit nicht die mehrerwähnten Genossenschaften je nach ihrer Einrichtung sogar den Handelsgesellschaften beizuzählen seien.[131] Wenn dagegen geltend gemacht wird, bei Benützung einer Firma durch solche Genossenschaften bleiben die wechselmäßig haftenden Personen unbekannt, so hätte dieses Argument vor der Einführung der Handelsregister mit gleichem Rechte auch gegen die Zulassung mancher unter einer Handelsfirma ausgestellten Wechsel angeführt werden können, während die Giltigkeit derartiger Wechsel niemals bezweifelt worden ist. Die gedachte Einwendung trifft aber überhaupt auch darum nicht zu, weil die Frage, welche bestimmte Personen in Folge der Wechselausstellung haftbar seien, gar nicht in das Gebiet von der Formgiltigkeit der Wechsel gehört,[132] weßhalb es gestattet und öfters nothwendig ist, für die Entscheidung dieser Frage sonstiges, außerhalb der Wechselurkunde gelegenes Beweismaterial zu benützen.[133] Hiernach war der Einwand, die Gesellschaft der Handwerkerbank N. habe überhaupt nicht unter einer besonderen Namens- oder Firmenbezeichnung in den Wechselverkehr treten dürfen, als unbegründet zu er-

---

[131] Dieses Archiv, Bd. IX, S. 335—337; Württemb. Entwurf eines Handels-Ges.-Buchs Art. 3, Z. 3 u. 5; Busch, Archiv Bd. IX, S. 138 ff.; Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. XV, S. 364, 365, 379, 380 ff.

[132] Thöl, Handelsrecht Bd. II, 2. Aufl., S. 125, §. 171, Note 15.

[133] Dieses Archiv Bd. II, S. 519, Ziff. 91, S. 494, Ziff. 4.

Digitized by Google

erklären.[134] Dem weiteren Einwand, daß die Gesellschaft jedenfalls nicht den Namen „Handwerkerbank" als ihre Firma habe wählen können, steht entgegen, daß in Absicht auf die Wahl einer bestimmten Firma vor Einführung des deutschen Handelsgesetzbuches zwar allerlei verschiedene Ansichten, Zweckmäßigkeitsvorschläge und partikuläre Beschränkungen, nicht aber bindende, auf den vorliegenden Fall anwendbare Normen bestanden.[135] Es liegt also auch kein zureichender Grund vor, einer Gesellschaft, welche sich zur Betreibung des Geschäftes einer Handwerkerbank vereinigt hat, die Befugniß abzusprechen, gerade unter diesem Namen im Wechselverkehr zu kontrahiren.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Oktober 1868 in der Appellationssache E. c. Pf.

32) Bezeichnung des Ortsdatum im Wechsel durch Benennung zweier Orte.

(Zu Art. 4, Ziff. 6 und Art. 96, Ziff. 6 der a. d. W.-O.)

In einem Wechsel war der Ausstellungsort dahin bezeichnet „Buchau / Winterstettenstadt"

Diese Bezeichnung des Ortsdatums wurde von dem Obertribunal als gegen das Gesetz verstoßend und der Wechsel demzufolge als ungiltig erkannt aus folgenden Gründen:

Wenn auch die Natur des Wechsels die Beifügung des Ortes und der Zeit der Ausstellung nicht erfordert[136]

---

[134] Vergl. noch Haimerl, Wechselrecht S. 51; Wächter, Wechsellehre §. 31; Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 812, 819.

[135] Vergl. Thöl, Handelsrecht Bd. I, 4. Aufl., §. 86, S. 157, Ziff. IV, S. 158; Bd. II, 2. Aufl., S. 15 zu Note 20; Württemb. Entw. eines Handelsgesb. Art. 18, 183, 184; Motive S. 36, 37, 163; Seuffert, Archiv Bd. XVIII, Nro. 100; Borchardt, Wechselordnung S. 63, Zus. 125, 126.

[136] Bluntschli, Wechselordnung S. 29, 30; Thöl, Handelsrecht Bd. II, §. 163.

Digitized by Google

und wenn auch der frühere Wechselgebrauch das Datum nicht allgemein als ein wesentliches Erforderniß eines Wechsels angenommen hat, [137] so hat doch die allg. deutsche Wechselordnung im Art. 4, Ziff. 6 für gezogene Wechsel und im Art. 96, Ziff. 6 für eigene Wechsel die Angabe des Ortes, Monatstages und Jahres der Ausstellung für ein wesentliches Erforderniß erklärt, so daß der Mangel dieser Angabe als der Mangel einer wesentlichen Form des Wechsels denselben ungiltig macht. Eben aus der formellen Natur dieses Erfordernisses, weil es sich bei demselben nicht um die materielle Wahrheit, nicht um eine Thatsache, sondern um Wahrung einer Form und um eine bloße Willenserklärung handelt, [138] ergibt sich, daß es nicht darauf ankommt, ob das beigesetzte Datum das wirkliche und richtige ist, und daß weder die absichtliche noch unabsichtliche Beisetzung eines der Wirklichkeit nicht entsprechenden Datums der Giltigkeit des Wechsels Eintrag thut. [139] Allein damit ist nicht ausgeschlossen, daß nicht die Angabe des Datums, auch vom Standpunkte der Wahrung einer bloßen Form und einer Willenserklärung aus betrachtet, wie jede Willenserklärung überhaupt eine bestimmte sein muß, welche keinem Zweifel über die Meinung des die Erklärung Abgebenden Raum läßt, und daß nicht insbesondere der Beweis der einer wechselmäßigen Erklärung zu Grunde liegenden Absicht aus der Wechselurkunde selbst und einzig aus dieser muß entnommen werden können. Dieß trifft aber im vorliegenden Falle

---

[137] Renaud, Wechselrecht S. 44; Hoffmann, Erläuterungen S. 202; Neupaur, neue Beiträge zum österr. Wechselrecht S. 24.

[138] Thöl, a. a. O. S. 130.

[139] Borchardt, Wechselordnung (2. Aufl.) S. 37; Volkmar und Löwy, Wechselordnung S. 38; Seuffert, Archiv Bd. XX, Nro. 172; vergl. jedoch Wächter, Wechsellehre S. 144; Haimerl, Wechselrecht S. 58; Brauer, Wechselordnung S. 37; Renaud, Wechselrecht S. 44.

Digitized by Google

nicht zu. Daraus, daß in einem Wechsel mehrere Zahlungsorte alternativ oder kumulativ bezeichnet werden können, was übrigens keineswegs unzweifelhaft ist, [140] läßt sich für die Giltigkeit der auf dem vorliegenden Wechsel angewendeten Ortsbezeichnungsweise nichts folgern. Denn einmal läßt sich die Absicht, verschiedene Orte als Zahlungsorte zu bezeichnen, wohl erklären, während ein Grund dafür, verschiedene Orte als alternative oder kumulative Ausstellungsorte eines Wechsels zu bezeichnen, sich schwer denken läßt, wie denn überhaupt der Zahlungsort vom Ausstellungsorte bezüglich der rechtlichen Beurtheilung wesentlich sich unterscheidet. [141] Sodann aber müßte, dem Ausgeführten zu Folge, die Absicht, den Wechsel mit zwei Ausstellungsorten, sei es alternativ, sei es kumulativ, zu versehen, zum mindesten klar erkennbar sein. Dieß ist aber nicht der Fall, sofern es an einer darauf hindeutenden Ausdrucksweise überall fehlt.

Zu dem Auskunftsmittel zu greifen, im Hinblick auf die formelle Natur des fraglichen Erfordernisses das eine Ausstellungsdatum als das richtige, das andere als überflüssig zu erklären, verbietet aber wiederum die gewählte Bezeichnungsweise, die nicht zwei Daten darstellt, die getrennt für sich bestehen, von denen mithin das eine, sei es das frühere oder das spätere, sei es das oben an der Urkunde, sei es das unterhalb befindliche, als das giltige, das andere als das überflüssige bezeichnet werden kann. Es liegt vielmehr eine in der Weise kombinirte Datirungsweise vor, die eine derartige Unterscheidung nicht zuläßt, weßhalb auch die frühere Entscheidung aus dem Jahre 1861, [142] wo diese Unterscheidung möglich war, auf den vorliegenden Fall nicht paßt.

---

[140] Vergl. insbes. Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. XVI, S. 135 ff. –

[141] Art. 4, Ziff. 8 und Art. 99 der allg. deutschen Wechselordnung vergl. mit der Wechselnovelle von 1864 zu Art. 99.

[142] Dieses Archiv Bd. V, S. 248.

Digitized by Google

Es kann zwar kaum einem gegründeten Zweifel unterliegen, daß die Absicht des Wechselausstellers bei der von ihm gewählten Ortsbezeichnungsweise keine andere war, als mit dem einen der genannten Orte den Ausstellungsort des Wechsels, mit dem andern den Wohnort des Ausstellers zu bezeichnen, und es kann angenommen werden, daß diese Bezeichnungsweise, wenn auch nicht bei Wechseln, so doch bei sonstigen einseitigen Urkunden, Schuldscheinen u. s. w. keine ganz ungewöhnliche ist. Allein eine auch nur annähernde Sicherheit dafür, ob der oberhalb des Striches befindliche Ortsname den Ausstellungsort, der unterhalb befindliche den Wohnort bezeichnet oder umgekehrt, oder ob nicht der Wechsel in Buchau vom Remittenten geschrieben und dann zur Unterzeichnung nach Winterstettenstadt gesandt und dort vom Aussteller unterzeichnet worden ist, eine Behandlungsweise, die nicht selten vorkommt, liegt nicht vor. Darüber gibt der Wechsel selbst lediglich keine irgendwie sichere Auskunft und es fehlen die Anhaltspunkte für den Richter, sich für den einen oder andern Ortsnamen als Ausstellungsort zu entscheiden. Da hiernach zwei gleich mögliche Ausstellungsorte vorhanden sind, so liegt ein non liquet in dieser Beziehung vor. Es fehlt an einem gehörig bestimmten Ausstellungsorte und ist darum der Wechsel als eines wesentlichen Erfordernisses ermangelnd für ungiltig zu erklären. Daß hieran der Umstand nichts ändert, daß beide beim Ausstellungsdatum genannte Orte benachbarte sind und demselben Wechselgesetze unterliegen, bedarf kaum einer Erwähnung, da eine derartige Erwägung bei Würdigung der Einhaltung einer Förmlichkeit nicht maßgebend sein kann.

Entscheidung des Obertribunals vom 28. August 1868 in der Appellationssache Gebr. Dr. c. K.

Digitized by Google

33) Feststellung einer nur bedingten Verbindlichkeit des Akzeptanten eines Wechsels zu dessen Einlösung durch Vereinbarung desselben mit dem Wechselaussteller.

(Zu Art. 9 der a. d. W.-O.)

Die von dem Wechselaussteller dem Wechselakzeptanten gegebene Zusage, daß dieser den Wechsel nur im Falle des Eintritts einer bestimmten Bedingung einzulösen habe, hat in dem Verhältnisse zwischen dem Aussteller und dem Akzeptanten, auch wenn die Zusage aus dem Wechsel selbst nicht ersichtlich ist, volle Giltigkeit.[143] Allerdings wird dadurch der Erstere dem Letzteren verpflichtet, den Wechsel nicht zu begeben, oder dafür zu sorgen, daß derselbe von seinem Nachmann bei Nichteintritt der Bedingung nicht zum Einzug gebracht werde; allein obschon der Akzeptant aus dieser Verpflichtung des Ausstellers keine Befugniß gegenüber dem dritten Wechselinhaber ableiten kann, wenn nicht in Gemäßheit des Art. 9 der deutschen Wechselordnung im Wechsel selbst das Giro untersagt ist, so kann doch aus der Unterlassung dieser Sicherungsmaßregel ein Verzicht auf das Recht, das ja gerade durch die Nebenverabredung gewahrt werden wollte, nicht gefolgert werden, und es ist der Wechselaussteller, welcher den Wechsel weiter begeben hat, dem Akzeptanten, welcher in Folge dessen den Wechsel des Nichteintritts der Bedingung ungeachtet einlösen mußte, zum Schadenersatz verpflichtet.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Oktober 1863 in der Appellationssache St. c. v. K.

34) Voraussetzung der Befreiung des Indossanten von der Verbindlichkeit aus seinem Indossamente.

(Zu Art. 14 der a. d. W.-O.)

Ein mit der Regreßklage belangter Indossant hatte auf seinem Giro die Buchstaben angefügt: s. o., und be-

[143] Vergl. Seuffert Archiv Bd. XIII, S. 224 f.; Bd. XV, S. 244 f.

Digitized by Google

hauptete seine Freiheit von der Wechselhaftung, weil er mit jenen Buchstaben, welche senz' obligo bezeichnen, einen von der Wechselhaftung befreienden Vorbehalt ausgedrückt habe. Dieser Einwand wurde verworfen, weil die in Art. 14 der a. d. Wechselordnung behandelte Verwahrung, um von der Verbindlichkeit aus dem Indossamente zu befreien, auf eine für jeden Nachmann unzweideutig erkennbare Weise ausgedrückt sein müsse, welchem Erfordernisse durch jene Zeichen nicht genügt sei.

Entscheidung des Obertribunals vom 28. Januar 1863 in Sachen U. c. H.

C. Prozeß.

35) Zur Kompetenzbestimmung bei Wasserrechtsstreitigkeiten.

a) Streitigkeiten der Anlieger eines öffentlichen Flusses über Wasserbauten zum Schutze ihres Eigenthums.

Der Schultheiß St. v. H. hatte, um einen über seine Wiese fließenden Arm der Donau abzusperren, auf dem von der Donau überflossenen Theil seines Grundstücks einen Bau errichtet. Hiedurch fanden sich die Anlieger am andern Ufer des Flusses, Anton W. und Franz Sp. von H., bedroht, indem sie Nachtheile für ihre an der Donau liegenden Güter befürchteten, und verlangten daher mittelst gerichtlicher Klage von dem Schultheißen St. Entfernung des von diesem errichteten Baues. Das Obertribunal wies jedoch die Klage wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte zurück aus folgenden Gründen: Die Wahrung der Integrität eines öffentlichen Flusses, die Erhaltung seines geordneten Laufes und die Regelung der den Einzelnen daran zustehenden Gebrauchsrechte ist ein Ausfluß der Regierungsgewalt und gehört zu den Obliegenheiten der Regierungsbehörden (zu vergl. Instruktion für die Kreisregierungen §. 19, Ziff. 9). Hieraus allein würde zwar die Unzuständigkeit des Civilrichters für die

Digitized by Google

vorliegende Klage noch nicht folgen, indem die gerichtliche Entscheidung ihre Wirkung auf die Parteien beschränken und der Befugniß der Regierungsbehörde, abweichende Anordnungen aus Gründen des öffentlichen Rechtes zu treffen, nicht vorgreifen würde. Allein der Civilrichter ist überhaupt nur zuständig, wenn es sich um bestrittene privatrechtliche Ansprüche handelt, wogegen Streitigkeiten über die Benützung öffentlicher Gewässer, jedenfalls insoweit, als nicht besondere Privatrechte in Frage kommen, sowohl zwischen Einzelnen und dem Staate, als zwischen Einzelnen unter sich, nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes von den Verwaltungsbehörden zu entscheiden sind. Um bestrittene privatrechtliche Ansprüche handelt es sich hier nicht. Die Kläger behaupten kein besonderes Verbietungsrecht gegen den Beklagten; der letztere behauptet eben so wenig ein besonderes Recht, kraft dessen die Kläger sein Bauwesen zu dulden hätten; es braucht daher nicht erörtert zu werden, inwieweit ein solches besonderes Recht überhaupt möglich wäre. Beide Theile stützen sich nur auf die Befugniß eines jeden Eigenthümers, sein Eigenthum gegen Uebergriffe des Flusses zu schützen. Allein ihr Eigenthum gibt ihnen kein besonderes Recht auf den Fortbestand eines ihnen unnachtheiligen Flußlaufes; wollen sie die Erhaltung oder Wiederherstellung eines solchen verlangen, so können sie dieß nur gründen auf die aus der Gemeingehörigkeit des öffentlichen Flusses abzuleitende und darum dem öffentlichen Rechte angehörige Befugniß Aller, welche an dem einen oder andern Bestand des Flusses ein Interesse haben. Dieß erkennt schon das römische Recht an, indem es, abgesehen von der nicht hieher gehörigen cautio damni infecti zum Schutze gegen Anlagen an einem öffentlichen Flusse behufs der Veränderung des Laufes desselben den Anliegern gerade nur das nämliche Rechtsmittel, wie einem Jeden aus dem Volke, gibt.[144]

[144] l. 1 pr. §. 1, 3, 4, 6, 7, 9 D. ne quid in flum. publ. fiat (43,13).

Digitized by Google

Die Kläger und der Beklagte stehen nicht in einem privatrechtlichen Nachbarschaftsverhältniß, sondern sie sind Angrenzer eines öffentlichen Flusses und ihre wechselseitigen Beziehungen als solche sind bedingt durch den jeweiligen Flußlauf und durch die Anordnungen, welche die zur Handhabung der Gewalt des Staates über solche Flüsse berufene Verwaltungsbehörde nach den für sie geltenden Normen des öffentlichen Rechtes zu treffen hat. Hieraus folgt, daß die Frage, ob der dermalige Stand des Flußlaufs zu erhalten, oder der unmittelbar vor dem Bauunternehmen des Beklagten vorhanden gewesene wieder herzustellen sei, nicht der Gegenstand eines privatrechtlichen Streites zwischen den Parteien ist, sondern seine Erledigung bei der zuständigen Verwaltungsbehörde zu finden hat, von welcher neben den Grundsätzen der Flußbaupolizei und den Rücksichten des öffentlichen Wohls auch den kollidirenden Interessen der Anlieger Rechnung zu tragen ist. Wenn die Verwaltungsbehörde aus öffentlich rechtlichen Gründen das Bauwesen des Beklagten genehmigt oder abspricht, so ist eine entgegengesetzte Entscheidung des Civilrichters nicht möglich, weil gegen eine derartige Maßregel der zuständigen Verwaltungsstelle der Rechtsweg überhaupt nicht stattfindet. Aber auch gegen die eine oder andere dieser Verfügungen, welche die Verwaltungsstelle etwa in Ermangelung entscheidender öffentlicher Rechtsnormen und Rücksichten im Hinblick auf das für berechtigt erachtete überwiegende Interesse einer Partei treffen sollte, steht der andern Partei die Berufung auf den Rechtsweg der ersteren Partei gegenüber nicht zu, weil in Abwesenheit eines besondern Privatrechtstitels die vom Stande des Flußlaufs abhängigen wechselseitigen Beziehungen beider Theile nur durch die Anordnungen der zur Verfügung über das öffentliche Wasser kompetenten Staatsbehörde regulirt werden könnten.

Entscheidung des Obertribunals vom 21. Oktober 1863 in der Appellationssache W. u. Gen. c. St.

Digitized by Google

b) Streit über Eigenthum und Benützungsrecht eines in einem öffentlichen Flusse errichteten Wöhrs.

Mittelst einer bei dem Civilrichter angebrachten so betitelten Negatorienklage verlangte die klägerische Partei vermöge des ihrer Behauptung zufolge ihr zustehenden Eigenthumsrechtes an dem im Aitrachflusse bei M. befindlichen Hauptwöhr und Uebereich eine Entscheidung dahin, daß dem Beklagten das Recht nicht zustehe, an dem besagten Wöhr Aufsatzbretter anzubringen, daß derselbe vielmehr verbunden sei, die daselbst befindlichen Aufsätze zu beseitigen. Diesem Klagansspruche trat der Beklagte mit der Behauptung entgegen, daß ihm als Eigenthümer der an der Aitrach gelegenen Sägmühle ein Miteigenthumsrecht, eventuell ein Mitbenützungsrecht an dem gedachten Wöhr und Uebereich zustehe, vermöge dessen er ein Recht auf das Bestehen der seit langer Zeit hergebrachten und zum Betriebe seines Wasserwerkes nothwendigen Aufsätze habe. Die Kompetenz des Civilrichters zur Entscheidung dieses Streites wurde für begründet erkannt. Denn, sagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals, die Aitrach, in welcher das Wöhr erbaut ist, ist zwar unzweifelhaft ein floßbares öffentliches Gewässer, bei welchem somit die Regelung der Wasserbenützung zu gewerblichen Zwecken im Allgemeinen dem öffentlichen Rechte angehört. Durch diese Eigenschaft der Aitrach als eines öffentlichen Gewässers wird jedoch die Zuständigkeit des Civilrichters zu Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Privatpersonen über die Wasserbenützung, soweit die gegenseitigen Ansprüche aus Gründen des Privatrechts abgeleitet werden, nicht ausgeschlossen.[145] Im vorliegenden Falle nun nimmt die klägerische Partei das Eigenthumsrecht an dem zur Speisung des Mühlkanals bestehenden Wöhr gegenüber von

[145] Dieses Archiv Bd. I, S. 419; Bd. II, S. 8; Bd. V, S. 235 ff.; Bd. VI, S. 253; Bd. X, S. 208, 209; Bd. XI, S. 255, 257.

Digitized by Google

dem Beklagten in Anspruch.[146] Der Beklagte hat eine Einwendung gegen die privatrechtliche Natur des erhobenen Anspruchs nicht geltend gemacht, vielmehr durch die Art seiner Vertheidigung während des Prozesses selbst deutlich zu erkennen gegeben, daß auch von seiner Seite der Streit als ein privatrechtlicher betrachtet werde.

Entscheidung des Obertribunals vom 10. November 1864 in der Appellationssache W. Z. W. c. D.

36) Zur Kompetenzbestimmung bei Streitigkeiten über das Recht zur Vergebung einer Stiftung.[147]

In einem im Jahre 1697 von dem Pfarrer G. zu A. errichteten Testamente war bestimmt worden, daß 4000 fl. von seiner Verlassenschaft zu einer Stiftung bestimmt sein, und von den jährlichen Zinsen 150 fl. an zwei Studirende, die übrigen 50 fl. aber einem armen Jüngling zu Erlernung eines Handwerks oder einer Kunst verabreicht werden sollen. Hiebei sollten nach der Anordnung des Stifters zunächst die Nachkommen seiner Schwester berücksichtigt, in Ermangelung derselben aber zuvörderst aus R., oder aus der Herrschaft Z. gebürtige Jünglinge, in zweiter Linie Individuen aus der Herrschaft W. und in dritter Bürgersöhne von Wn. bedacht werden. Das Recht, zu diesem Stipendium zu präsentiren und zu nominiren, wurde von dem Stifter den damals gräflichen Herrschaften von Z. und W. testamentarisch mit der Bestimmung verliehen, daß wenn kein taugliches Subjekt von Z. und W. präsentirt werden sollte, dem Bürgermeister und Magistrat der

---

[146] Die Möglichkeit eines Eigenthumsrechtes an den von Privatpersonen in einem öffentlichen Flusse errichteten Anlagen kann bezweifelt werden; vergl. hierüber Seuffert, Archiv, Bd. XXII, Nro. 10; Bd. XXI, Nro. 97; dieses Archiv, Bd. XI, S. 114 ff. und S. 254 ff.

[147] Zu vergl. Hufnagel, in Sarwey's Monatschrift Bd. IV, S. 210 ff.; Seuffert, Archiv Bd. IV, Nro. 251, S. 413, 414, Ziff. 8; Bd. XX, Nro. 181; Pfeiffer, jur. Personen S. 127, 128; Bolley, Entwürfe und Anträge Bd. II, S. 466.

Digitized by Google

Reichsstadt Wn. freistehe, andere taugliche Subjekte zu wählen. Der Stiftungsrath in Wn. sprach nun aber das Recht an, nicht blos unter der gedachten Voraussetzung, sondern unbedingt je im dritten Jahre das Handwerksstipendium zu vergeben. Dieß veranlaßte die nun fürstl. Standesherrschaften Z. und W. zur gerichtlichen Klage gegen den Stiftungsrath zu Wn., in welcher gebeten wurde, den Letzteren für schuldig zu erkennen, das ausschließliche alternative Nominations- und Präsentationsrecht der klagenden Herrschaften zu Vergebung des Stipendiums ad artem mechanicam in der Weise anzuerkennen, daß dem Stiftungsrathe nicht je im dritten Jahre, sondern nur alsdann ein Vergebungsrecht testamentarisch zustehe, wenn von den berechtigten Herrschaften eine Nomination und Präsentation nicht erfolge.

Diese Klage wurde wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte zurückgewiesen, von dem Obertribunal aus folgenden Gründen: Es handelt sich bei dem von den fürstl. Herrschaften erhobenen Anspruch nicht um das Recht zu Vergebung einer Familienstiftung, da nach dem eigenen Vorbringen derselben keine Verwandten des Stifters mehr vorhanden sind, und für diesen Fall der Stifter nicht bestimmten einzelnen Personen ein Recht auf den Genuß der Stiftung eingeräumt, sondern den Kollatoren überlassen hat, taugliche Subjekte aus den erwähnten Bezirken und Orten nach ihrem Ermessen auszuwählen. Gegenstand und Zweck der Stiftung war die Gründung eines Fonds zu Unterstützung und Ausbildung junger Leute, welche sich dem Handwerker- oder Künstlerstande widmen. Die Stiftung ist also für allgemeine Wohlthätigkeits- und Bildungszwecke bestimmt, wie solche der Staat und öffentliche Körperschaften verfolgen. Derartige öffentliche Stiftungen sind unter die Aufsicht der Staatsverwaltungsbehörden gestellt, [148] und daß dieser Grundsatz auch bei

[148] Vergl. Verwaltungsedikt §. 120, 129, 139, 140, 148;

Digitized by Google

der hier in Rede stehenden Stiftung zur Anwendung gekommen, ist unbestritten. Ist aber die fragliche Stiftung eine Stiftung zu öffentlichen Zwecken, und steht solche unter der Aufsicht der Administrativbehörden, so haben diese Behörden darüber zu wachen, daß die Stiftung gehörig verwaltet und verwendet werde, daß also insbesondere die von dem Stifter selbst in Absicht auf die Vergebung seiner Stiftung getroffenen Anordnungen soweit möglich zum Vollzuge kommen. Wenn daher Differenzen darüber entstanden sind, in welcher Reihenfolge die mit der Nomination und Präsentation zu der Stiftung betrauten Personen oder Behörden in Funktion zu treten haben, sind es nur die Administrativbehörden, welche hierüber Entscheidung zu geben haben. [149] Der Umstand, daß das von den Klägern angesprochene Recht sich auf das Testament des Stifters, also auf einen rein privatrechtlichen Titel gründe, genügt nicht, um die Kompetenz der Civilgerichte zu rechtfertigen, da die durch das Testament geschaffene Stiftung, soweit solche hier zur Sprache kommt, wie bemerkt, nach ihrem ganzen Gegenstand und Zweck dem öffentlichen Rechte angehört, und bei solchen Stiftungen davon auszugehen ist, daß der Stifter durch Uebertragung des Vergebungsrechtes auf bestimmte Behörden oder Personen nur die Zwecke seiner Stiftung sicher stellen, nicht aber dem Betreffenden ein Privatrecht auf die Vergebung einräumen wollte, wie ja in Testamenten auch sonst manche auf einzelne Personen bezügliche Verfügungen vorzukommen pflegen, welche von den Interessenten nicht als Privatrechte vor dem Civilrichter, sondern nur vor den Verwaltungs-, beziehungsweise Rechtspolizei- (Pupillar-) Behörden geltend gemacht werden können, z. B. wenn es sich davon handelt,

---

Verfügung des K. Justizministerium vom 15. Juni 1839. Regbl. S. 427.

[149] Vergl. Verwaltungsedikt a. a. O.; Sarwey, Monatschr. Bd. IV, S. 213, 234; Seuffert, Bd. IV, Nro. 251, Ziff. 8, S. 414.

Digitized by Google

ob ein im Testamente ernannter Vormund, Theilungsverfasser, oder Testamentsvollzieher zu dem ihm bestimmten Geschäfte überhaupt zuzulassen sei oder nicht, oder unter welchen Voraussetzungen er in Thätigkeit treten dürfe. — Ohne Belang ist das Vorbringen der Kläger, daß das von ihnen angesprochene Recht zu ihrer individuellen Rechtssphäre gehöre, da es viele Rechte gibt, welche den Privaten oder Individuen zustehen, und doch im Streitfall nicht vor den Civilgerichten verfolgt werden können. [150]

Entscheidung des Obertribunals vom 21. Oktbr. 1864 in der Appellationssache W. Z. W. und W. Z. T. c. Stiftungsrath zu Wn.

37) Oeffentlich rechtliche Maßregeln der Verwaltungsbehörden können auch im Falle der Verletzung von Privatrechten vom Civilrichter nicht aufgehoben werden.

Durch die Ueberbrückung eines — durch das Dorf J. fließenden, den durch das Dorf führenden Ortsweg durchschneidenden — Flüßchens glaubten sich benachbarte Hausbesitzer in ihren Privatrechten verletzt und erhoben demzufolge bei dem Civilrichter Klage auf Wiederherstellung des vor dem Brückenbau bestandenen Zustandes, d. h. Entfernung der Brücke und der behufs der Brückenzufahrt an dem anstoßenden Ortsweg angebrachten Auffüllung. Diese Klage wurde von dem Obertribunal nicht als statthaft erkannt. Denn, sagen die Entscheidungsgründe, der Brückenbau und die damit zusammenhängende Veränderung des Ortsweges stellt sich als eine im öffentlichen Interesse von der zuständigen Gemeindebehörde (Wegordnung von 1808, §. 1, 4) mit Gutheißung der höheren Verwaltungsstellen beschlossene und ausgeführte Maßregel dar und einer solchen Maßregel gegenüber würde für die Kläger aus ihren kollidirenden Privatrechten höchstens eine Entschädigungs-

---

[150] Wächter, Handb. des württemb. Privatrechts Bd. I, S. 3, 4, 6.

Digitized by Google

forderung, aber nicht ein privatrechtlicher Anspruch auf Beseitigung des sie beeinträchtigenden Zustands zu folgern sein. Dieß ergibt sich aus §. 30 der Verfassungsurkunde vom 25. Septbr. 1819, wonach Niemand der Entziehung von Privatrechten zu Gunsten von Staats- oder Korporationszwecken sich entschlagen kann, und im Falle der Kollision eines solchen Zweckes mit den Rechten Einzelner über die allein in Frage kommende Nothwendigkeit der Entziehung der letzteren nicht der Civilrichter, sondern die Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat. Auch der §. 95 der Verfassungsurkunde hat nicht den Sinn, daß der Richter befugt wäre, im öffentlichen Interesse getroffene Maßregeln der Verwaltungsbehörden wegen Kollision mit den Privatrechten Einzelner außer Wirkung zu setzen. Demnach kann die Frage, ob wegen der angeblich privatrechtlichen Einsprache der Kläger die Brücke und die zu ihr führende Ortsstraße in den vorigen Stand zurück zu versetzen seien, oder jener Einsprache unerachtet fortzubestehen haben, nicht Gegenstand civilrichterlicher Entscheidung sein, und die Klage ist schon deßhalb abzuweisen, weil, stünde auch den Klägern ein durch das fragliche Bauwesen verletztes Privatrecht zu, solches ihnen doch nicht einen privatrechtlichen Anspruch auf Wiederherstellung des durch eine öffentlich rechtliche Maßregel der zuständigen Verwaltungsbehörden veränderten früheren Zustandes zu gewähren vermöchte.

Entscheidung des Obertribunals vom 15. Oktober 1864 in der Appellationssache Gebr. H. c. Gemeinde J.

38) Kann der Civilrichter eine einstweilige Verfügung treffen, wenn die privatrechtliche Natur des angesprochenen Rechtes bestritten ist?

Mehrere Eisenbahnakkordanten, R. und Gen., hatten im Sommer 1868 innerhalb der Markung von R. Kies und Sand aus den Kiesbänken der Donau weggeführt. Hiegegen wurde von der Gemeinde R. Einsprache erhoben, indem dieselbe geltend machte, daß ihr das ausschließliche

Digitized by Google

Recht des Kies- und Sandbezuges aus den Kiesbänken der Donau innerhalb der Markung von R. und zwar als ein Privatrecht zustehe. Die Existenz dieses Rechtes wurde von den gedachten Akkordanten bestritten, worauf die Gemeinde R. gegen sie Klage bei dem Oberamtsgericht E. auf Schutz im Besitze des von ihr angesprochenen Rechtes, eventuell auf Zuerkennung desselben erhob, indem sie zugleich bat, durch einstweilige Verfügung den Beklagten das Abführen von Kies aus besagten Kiesbänken bis auf Weiteres zu untersagen und das bereits abgeführte Kiesquantum mit Beschlag zu belegen. Diese Bitte um ein Provisorium wurde in allen Instanzen abgeschlagen, von dem Obertribunal aus folgenden Gründen: Die Erlassung einer provisorischen Verfügung durch den Civilrichter setzt, da nur der Schutz von Privatrechten in seiner Kompetenz liegt, zum Mindesten voraus, daß die Existenz des angesprochenen Privatrechts bescheinigt ist. In vorliegendem Falle trifft dies aber so wenig zu, daß vielmehr die eigene thatsächliche Begründung des klägerischen Anspruchs auf ein dem öffentlichen Rechte angehöriges Rechtsverhältniß hinweist. Die Klägerin gründet ihren Anspruch in erster Linie darauf, daß ihr innerhalb der Markung von R. das Eigenthum an dem Bette oder Rinnsal der Donau und ebendamit auch an den Kiesbänken derselben zustehe, in zweiter Linie, daß sie ein auf Unvordenklichkeit und dreißigjährige Verjährung sich gründendes ausschließliches Nutzungsrecht an den Kiesbänken habe. Allein was das angebliche Eigenthum des Donaubettes betrifft, so steht dem entgegen, daß die Donau als schiffbarer Fluß ein öffentliches Gewässer ist. Das Bett eines öffentlichen Flusses aber ist als solches gleichfalls eine öffentliche Sache und kein möglicher Gegenstand des Privateigenthums, und letzteres an einem Flußbette nur möglich, wenn das in dem Bette fließende Wasser ein nicht öffentliches ist. Denn die öffentliche Eigenschaft des Flusses ergreift mit Nothwendigkeit auch das Flußbett und dieser Rechtssatz gilt, wie nach rö-

Digitized by Google

mischem so auch nach heutigem Rechte.[151] Was aber das auf Unvordenklichkeit und dreißigjährige Verjährung gegründete Nutzungsrecht der Klägerin an den Kiesbänken der Donau betrifft, so kommt in Betracht, daß Nutzungsrechte in öffentlichen Gewässern im Zweifel öffentlich rechtlicher Natur sind, da die Benützung öffentlicher Gewässer nach den dießfalls geltenden Grundsätzen der Genehmigung der Staatsgewalt unterliegt und daher das Recht auf eine derartige Nutzung sich, wo nicht ein unzweifelhaft privatrechtlicher Entstehungsgrund dargethan werden kann, als ein von der Staatsgewalt abgeleitetes, von dieser ausdrücklich oder stillschweigend verliehenes, und ebendamit als ein Ausfluß und Verhältniß des öffentlichen Rechtes darstellt.[152] Dadurch aber, daß die Klägerin, wie sie behauptet, seit unvordenklicher Zeit und jedenfalls seit mehr denn dreißig Jahren ihren Kiesbedarf stets unbehindert aus den Kiesbänken der Donau entnommen, daß sie den jetzt streitigen Kiesbezug aus der Donau stets als ein ihr zustehendes Recht ausgeübt habe, kann die Erwerbung eines Privatrechtes nicht dargethan werden, da in Fällen, wo wie hier ein Rechtszustand im Zweifel dem Gebiete des öffentlichen Rechtes angehört, durch die wenn auch noch so lange Dauer desselben für sich allein dessen privatrechtliche Natur nicht dargethan werden kann, sofern eine selbst unvordenkliche Dauer des Rechtszustandes nicht ausschließt, daß solcher im öffentlichen Rechte seinen Grund habe, und dasselbe auch von der dreißigjährigen Verjährung gilt. Fehlt es aber hienach nicht nur an einer Bescheinigung für das Vorhandensein eines privatrechtlichen Verhältnisses, sprechen

---

[151] §. 23 Inst. de rer. div. (2,1); l. 7 §. 5 D. de acquir. rer. dom. (41,1); l. 1 §. 7, 8 D. de flum. (43,12); dieses Archiv Bd. XI, S. 114, 118; Seuffert, Archiv Bd. XIII, Nro. 208; Bluntschli, deutsches Privatrecht, 3. Aufl., §. 64, Note 6—9; Gerber, deutsches Privatrecht §. 61.

[152] Dieses Archiv Bd. I, S. 252, 253, 263, 273, 275; Bd. II, S. 315; Bd. VI, S. 253 ff.; Bd. X, S. 208 ff.; Bd. XI, S. 257.

Digitized by Google

vielmehr alle Umstände dafür, daß der behauptete Anspruch im öffentlichen Rechte wurzelt, so fehlt es ebendamit an der ersten Voraussetzung für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch den Civilrichter, und es kann dieser eine solche Verfügung zum Schutze des streitigen Rechtes nicht treffen.

Entscheidung des Obertribunals vom 6. Febr. 1869 in Sachen der Gemeinde R. c. R. u. Gen.

39) Gemeinderathsmitglieder sind in Prozessen ihrer Gemeinden unzulässige Zeugen.

Aus dem Begriffe des Zeugen folgt, daß er eine von den Parteien verschiedene dritte Person sein muß. Der Partei gleich steht in dieser Beziehung, wer den Prozeß für sie führt, wer sie im Prozesse vertritt — cap. 6 X (2,20). — Die gesetzlichen Vertreter der Gemeinde auch in deren Prozessen sind nach den Bestimmungen des Verwaltungsediktes vom 1. März 1822, §. 4, 9, 21, 56 die Gemeinderäthe. Ob sie den Prozeß für die Gemeinde selbst führen oder durch einen Andern führen lassen, dem sie die hiezu nöthige stets widerrufliche Vollmacht ausstellen, ist gleichgiltig; auch im letzteren Falle hören sie nicht auf, die eigentlichen Repräsentanten der Gemeinde im Prozeß zu sein. Es sind deßhalb die Mitglieder der Gemeinderäthe ebensowenig fähig, in Prozessen der Gemeinde für oder gegen sie Zeugniß abzulegen, als die Mitglieder der Verwaltungskollegien des Staates in Prozessen des Fiskus, für welchen sie einen Fiskalanwalt aufgestellt, gleichviel ob sonstige Beweismittel vorhanden sind oder nicht. Aus dem gleichen Grunde sind auch die Advokaten und Prokuratoren in denjenigen Prozessen, in welchen sie als Vertreter der Parteien auftreten, zur Zeugnißablegung unfähig. Bei diesen Personen tritt allerdings noch ein anderer Unfähigkeitsgrund hinzu, der auch dann noch fortwirkt, wenn sie aufgehört haben, die Vertreter der Parteien zu sein, der Grund nämlich, daß sie zur Geheimhaltung desjenigen

Digitized by Google

verpflichtet sind, was sie aus Anlaß eines Prozesses über die Rechtsverhältnisse ihrer Partei ersehen haben. Ob dieser letztere Grund nach Analogie der Nov. 90 c. 8 durch Verzicht beziehungsweise dadurch gehoben werden kann, daß diejenige Partei, welcher der Anwalt zur Geheimhaltung verpflichtet ist, ihn von dieser Pflicht entbindet, mag dahin gestellt bleiben; jedenfalls wird vorausgesetzt, daß der Anwalt in dem fraglichen Prozesse nicht mehr als solcher thätig sei. Handelt er dagegen noch als Vertreter der Partei, so kann er trotz des übereinstimmenden Willens beider Parteien nicht zum Zeugniß zugelassen werden, weil es mit dem Wesen und Zwecke eines ordentlichen Prozeßverfahrens unvereinbar ist, daß die Partei oder der ihr gleichstehende Vertreter zugleich die Rolle des Zeugen, der Zeuge zugleich die Rolle der Partei übernimmt. Ganz dasselbe muß aber auch in Prozessen einer Gemeinde von denjenigen Mitgliedern eines Gemeinderaths gelten, welche zur Zeit der Prozeßführung den Gemeinderath bilden. Auch ihre Zeugnißunfähigkeit kann nicht durch Verzicht gehoben werden, weil sie auf einem Grunde des öffentlichen Rechtes beruht, welcher der Willkühr der Partei entzogen ist.

Beschluß des Obertribunals vom 13. Juli 1868 in Sachen der Stadtgemeinde N. c. W.

Die neue Civilprozeßordnung enthält bezüglich der Unfähigkeit der Prozeßparteien und ihrer Vertreter als solcher keine Bestimmung. Der preußische Entwurf einer Prozeßordnung §. 463 erklärt diejenigen, welche bei dem Rechtsstreit als Haupt- oder Nebenparteien betheiligt sind, ausdrücklich als unfähige Zeugen. Es bedarf jedoch einer solchen gesetzlichen Bestimmung nicht, da die fragliche Unfähigkeit in der Natur der Sache gegründet ist, weil, wie in dem Berichte der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten gesagt ist, Niemand sich selbst als ein Beweismittel für seine eigenen Behauptungen benützen kann und durch den Grundsatz der freien Beweis-

Digitized by Google

würdigung nicht die Benützung unzulässiger Beweismittel, sondern nur die freie Benützung der zulässigen herbeigeführt wird.[153] Es ist daher an dem in der voranstehenden Ausführung des Obertribunals enthaltenen Satze, daß Gemeinderathsmitglieder in Prozessen ihrer Gemeinden unfähige Zeugen seien, durch die neue Prozeßordnung nichts geändert worden, sofern derselbe auf die Unfähigkeit einer Prozeßpartei zum Zeugniß, sowie darauf gebaut ist, daß deren Vertreter in dieser Beziehung der Prozeßpartei selbst gleichstehe. Was die in der vorstehenden Ausführung weiter berührte Frage der Zeugnißfähigkeit von früheren Rechtsanwälten einer Partei betrifft, so sind diese durch Art. 46, Ziff. 4 der neuen Prozeßordnung insoweit als unzulässige Zeugen erklärt, als sie in ihrer Eigenschaft als Rechtsanwälte rücksichtlich der Thatsachen, über welche sie aussagen sollen, zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Sie sind jedoch als Zeugen zuzulassen, wenn derjenige, welchem sie zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, in ihre Abhör einwilligt, da sie in diesem Falle der ihnen gesetzlich obliegenden Pflicht zur Verschwiegenheit entbunden sind und durch ihre Aussagen daher diese Pflicht nicht mehr verletzen können, damit aber der Grund ihrer Unfähigkeit gefallen ist.[154] Handelt aber ein Rechtsanwalt in dem Prozesse, in welchem er zum Zeugen benannt ist, noch als Vertreter einer Partei, so kommt bezüglich seiner Zeugnißfähigkeit diese Eigenschaft wieder in Frage und es finden die in der obigen Ausführung des Obertribunals aufgestellten Sätze Anwendung.

---

[153] Verhandl. der Kammer der Abg. von 1866/68, Beil.-Bd. I. Abth. 2, S. 1246; die neue Justizgesetzgebung Bd. II, Abth. 2, S. 276.

[154] Verhandl. der Kammer der Abg. von 1866/68, Beil.-Bd. I, Abth. 2, S. 694, 1247; die Reform der Justizgesetzgebung Abth. II, Thl. 2, S. 172; die neue Justizgesetzgebung Bd. II, Abth. 2, S. 278.

Digitized by Google

IV.

Literarische Mittheilungen.

1) Die Strafprozeßgesetze im Königreich Sachsen. Erläutert von Dr. Friedrich Oskar Schwarze, K. sächsischer Generalstaatsanwalt, 2 Bde., Leipzig, Fues's Verlag (R. Reisland) 1869. (Bd. I, die revidirte Strafprozeßordnung vom 1. Oktober 1868 und die auf dieselben sich beziehenden Nebengesetze und Ausführungsverordnungen. Bd. II, Heft 1, das Gesetz, die Bildung der Geschwornenlisten und der Geschwornenbank betr., vom 14. Septbr. 1868; Heft 2, das Gesetz, das Verfahren in den vor die Geschwornengerichte gewiesenen Untersuchungssachen betr., vom 1. Oktober 1868; Heft 3, das Gesetz, die Wahl von Gerichtsschöffen und die Mitwirkung derselben bei der Verhandlung und Aburtheilung der bezirksgerichtlichen Strafsachen betr., vom 1. Oktbr. 1868.)

2) Der Geschworene und der Gerichtsschöffe. Darstellung des öffentlich mündlichen Verfahrens mit Geschwornen und Gerichtsschöffen, insbesondere der Pflichten und Befugnisse eines Geschwornen und eines Gerichtsschöffen. Von Dr. Fried. Oskar Schwarze, K. sächsischer Generalstaatsanwalt. Dresden, Verlag von Gustav Dieze, 1869.

Wenn es unternommen wird, an dieser Stelle auf die neueste Strafprozeßgesetzgebung im Königreich Sachsen und die dadurch hervorgerufenen Schriften des verdienstvollen Verfassers der betreffenden Gesetze hinzuweisen, so wird dieß wohl kaum der Entschuldigung bedürfen. Es handelt sich hier um eine Gesetzgebung, welche beinahe gleichzeitig mit der neuen württ. Justizgesetzgebung in's Leben getreten ist, und zwar ist, wie bei uns, so auch dort, das Laienelement in umfassender Weise zu der Rechtsprechung in Strafsachen herbeigezogen worden, es hat die neueste sächsische Gesetzgebung in ähnlicher Weise, wie dieß in Württemberg geschehen, neben den Geschwornengerichten für schwere Straffälle, Schöffengerichte für die mittleren Straffälle eingeführt und es ist diese Uebereinstimmung

Digitized by Google

von um so größerer Bedeutung, als noch zur Zeit der Berathung der württ. Strafprozeßordnung die württemb. Gesetzgebung in dieser Beziehung allein stand, sofern vor dieser zwar wohl bei der Verhandlung und Aburtheilung der den Einzelnrichtern zugewiesenen (niederen) Straffälle in mehreren deutschen Ländern, so in Hannover, Kurhessen, Oldenburg, Bremen, Baden, Schöffen zugezogen wurden, dagegen mit der Ueberweisung der mittleren Straffälle an Schöffengerichte anderwärts ein Versuch noch nicht gemacht worden war. Gewiß fordert dieß zu einer Vergleichung der beiden fast gleichzeitigen Strafprozeßgesetzgebungen von Württemberg und Sachsen auf und es dürfen zu diesem Behufe die oben genannten Schriften auch den württemb. Juristen empfohlen werden.

Wir müssen uns jedoch enthalten, auf die sächsische Strafprozeßgesetzgebung im Ganzen hier einzugehen [1] und dieß einer dazu mehr berufenen Feder überlassen. Wir beschränken uns darauf, auf den die Mitwirkung des Laienelements bei der Strafrechtspflege betreffenden Theil der sächsischen Gesetzgebung hinzuweisen und insbesondere die Gestaltung, welche das Institut der Schöffengerichte in Sachsen erhalten hat, in Kürze zu berühren.

Die neueste sächsische Gesetzgebung macht für Sachsen, abgesehen von den im Jahr 1848 für politische und für Preßvergehen eingeführten und nur kurze Zeit bestandenen Geschworenengerichten, den ersten Versuch mit der Herbeiziehung des Laienelements zur Verhandlung und Aburtheilung der Straffachen. Denn während für Württemberg die Mitwirkung von Laien in niederen Straffällen eine längst bestehende Einrichtung ist und seit dem Jahre 1849 Geschwornengerichte für schwere Straffälle bestehen, es sich daher bei der neuesten Reform der Strafgesetzgebung nur noch um die Herbeiziehung des Laienelements zu der Ab-

[1] Vergl. den Bericht von Schwarze in Schletters Jahrb. Bd. XIII, S. 62 ff.

Digitized by Google

urtheilung der kreisgerichtlichen (mittleren) Straffälle handelte, wurden in Sachsen vor der jüngsten Reform alle Strafsachen ausschließlich von rechtsgelehrten Richtern abgeurtheilt, und zwar in erster Instanz von den Gerichtsämtern (Einzelrichtern), oder von den Bezirksgerichten (Kollegialstrafgerichten), in zweiter Instanz von den Bezirksgerichten bei den an die Gerichtsämter gewiesenen Sachen und von dem Oberappellationsgerichte bei dem in erster Instanz an die Bezirksgerichte gewiesenen Sachen, während als Kassationshof in allen Strafsachen das Oberappellationsgericht funktionirte. Dieß hat die neueste sächsische Gesetzgebung insoweit abgeändert, als nunmehr auch in Sachsen Geschwornengerichte in schweren Strafsällen urtheilen und für die Aburtheilung der mittleren Straffälle den Bezirksgerichten Schöffen beigegeben sind. Es geschah dieß in Anerkennung der in der Mitwirkung der Laien liegenden Verbesserung der Strafjustiz, sofern in dieser Mitwirkung die Verbürgung einer gesunden, lebensfrischen und gerechten Strafrechtspflege und eine Bestärkung des Ansehens der Strafgesetze und des Vertrauens zu der Rechtspflege gefunden wurde, und es ist dieß für Württemberg insbesondere auch darum von Bedeutung, weil das Vorgehen Sachsens die Richtigkeit des von der württemb. Gesetzgebung zuvor betretenen Weges thatsächlich bestätigt. Zwar hat die sächsische Gesetzgebung bezüglich der den Einzelnrichtern zugewiesenen (niederen) Straffälle vorerst noch von der Mitwirkung von Schöffen abgesehen, die Beiziehung des Laienelements somit nicht so vollständig durchgeführt, wie die württemb. Gesetzgebung. Allein der Grund hievon liegt nicht in der Sache, sondern in äußeren Umständen, indem in Sachsen längst die Reorganisation der Gerichtsämter beabsichtigt ist, diese aber mit der Reform des Civilprozesses in enger Verbindung steht und daher in Erwartung der gemeinsamen Civilprozeßordnung für die Staaten des norddeutschen Bundes vertagt werden mußte, ohne vorhergegangene Reorganisation

Digitized by Google

der Gerichtsämter aber die Einführung der Schöffengerichte bei denselben nicht für angemessen erachtet wurde.

Bei dem bekannten Standpunkte, welchen Schwarze in der Gerichtsschöffenfrage einnimmt,[2] ist es von besonderem Interesse, daß man auch in Sachsen für schwere Straffälle Geschwornengerichte, und Schöffengerichte nur für die mittleren Straffälle eingeführt hat, und zwar unter dem Zugeständniß, daß das Institut der Schöffengerichte erst noch durch die Praxis zu läutern und zu klären sei, ehe man daran denken dürfe, in ihm auch einen Ersatz für das Geschwornengericht zu finden. Von ähnlichen Erwägungen ist der württ. Gesetzgeber ausgegangen[3] und es ist für die württemb. Strafrechtspflege von besonderer Wichtigkeit, daß nunmehr infolge der fast gleichzeitigen Einführung der Schöffengerichte in Sachsen auch die dortigen Erfahrungen uns zu gut kommen werden. Nach den uns vorliegenden Mittheilungen aus den verschiedensten Kreisen scheint man übrigens in Sachsen den Schöffengerichten eine ganz besondere Sympathie entgegen gebracht zu haben, und alle Nachrichten stimmen darin überein, daß die davon gehegten Erwartungen sich durchaus zu erfüllen scheinen. Offenbar genießen die Schöffengerichte in Sachsen schon jetzt entschiedenes Vertrauen und es wird die Unabhängigkeit und Gediegenheit ihrer Aussprüche nicht nur von vielleicht voreingenommener Seite, sondern auch von Andern gerühmt. Für die Frage, ob Geschwornengerichte oder Schöffengerichte vorzuziehen seien, möchten wir freilich hierauf vorerst noch besonderes Gewicht nicht legen, jedenfalls aber wird dadurch die Berechtigung und der

---

[2] Schwarze, das deutsche Schwurgericht und dessen Reform. Erlangen 1865; dessen Abhandlung „zur Lehre von der Fragstellung an die Geschworenen," erster Artikel, im Gerichtssaal 1867, S. 362 ff. Vergl. dagegen Glaser, zur Juryfrage S. 61 ff.; Bar, Recht und Beweis im Geschwornengerichte S. 56 ff.; Herrmann im Gerichtssaale Bd. XVIII, S. 198 ff.

[3] Vergl. auch dieses Archiv Bd. XI, S. 351 f.

Digitized by Google

Werth der Beiziehung von Laien zur Verwaltung der Strafrechtspflege überhaupt auf's Neue bestätigt.

Was die Befähigung zum Geschworenen- und Schöffenamte betrifft, so hat die sächsische Gesetzgebung, abweichend von der auf dem reinen Zensussystem beruhenden, die Befähigung zum Schöffen oder Geschworenen durch das Zahlen einer direkten Staatssteuer bedingenden württemb. Gesetzgebung, ein gemischtes System angenommen, indem dieselbe das Kapazitätensystem und das Zensussystem in Eines verschmolzen und demnach als Voraussetzung für die Fähigkeit zum Geschworenen- und Schöffenamte Kapazität oder Zensus aufgestellt hat. Als Kapazitäten wurden aber nicht bloß Diejenigen betrachtet, welche akademische und ähnliche Studien gemacht haben, sondern auch diejenigen, welche durch das Vertrauen ihrer Mitbürger zu bürgerlichen Ehrenämtern in dem letzten Jahre vor der Wahl zum Geschworenen berufen gewesen sind, während bezüglich des Zensus der Kreis enger als in der württemb. Gesetzgebung gezogen ist, sofern die Bezahlung eines jährlichen Beitrags von wenigstens zehn Thalern an direkter ordentlicher Staatssteuer verlangt wird. Ein wesentlicher Unterschied der beiden Gesetzgebungen ist weiter, daß in Sachsen weder die richterlichen, noch die Verwaltungsbeamten von dem Geschworenen- und Schöffenamte ausgeschlossen sind, während dieß in Württemberg der Fall ist.

Was die vor die Geschworenengerichte gewiesenen Untersuchungssachen betrifft, so konnte die Hauptverhandlung vor den Geschworenen nach bisherigem württemb. Rechte umgangen werden, wenn der Angeklagte sich schuldig bekannte; während die neue württ. Prozeßordnung einen solchen Verzicht auf die Hauptverhandlung nicht mehr kennt, indem davon ausgegangen wurde, daß man sich bei der auf Erzielung der materiellen Wahrheit gerichteten Tendenz des Verfahrens mit dem bloßen Geständniß der Schuld anstatt des Beweises nicht begnügen könne. Anders die sächsische Gesetzgebung. Nach dieser soll in denjenigen schwurgerichtlichen Fällen, in wel-

Digitized by Google

chen das Verbrechen nicht mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht ist, von der Verweisung des Angeschuldigten vor das Geschworenengericht abgesehen und derselbe vor das Bezirksgericht zur Aburtheilung verwiesen werden, wenn er die ihm beigemessene That eingeräumt hat und die Anklagekammer befindet, daß das Geständniß ein glaubhaftes und die Beschuldigung vollständig umfassendes ist, auch der Staatsanwalt und der Angeklagte mit der Verweisung an das Bezirksgericht sich einverstanden erklären. Die Anklagekammer hat zu diesem Behufe durch eines ihrer Mitglieder oder einen von ihr abzuordnenden Richter (welches aber nicht der Untersuchungsrichter sein darf) den Angeklagten unter ausführlichem Vorhalte des Geständnisses zu befragen, ob er bei demselben allenthalben stehen bleibe und mit der Verweisung an das Bezirksgericht einverstanden sei. Der Befragung können der Staatsanwalt und der Vertheidiger anwohnen. Wenn der Angeschuldigte bei der Befragung das Geständniß widerruft, hat die Verweisung vor das Schwurgericht zu erfolgen, und dasselbe gilt im Falle des Widerrufs nach erfolgter Verweisung des Angeschuldigten vor das Bezirksgericht, es würde denn die zur Aburtheilung berufene Abtheilung des Bezirksgerichtes den Widerruf einstimmig für völlig unglaubhaft erachten. Wir gestehen, daß wir gegen diese ganze dem preußischen Rechte nachgebildete Institution lebhafte Bedenken haben, wie sie auch sonst schon mehrfach geltend gemacht worden sind, und wir glauben, daß der württembergische Gesetzgeber wohl daran gethan hat, das Verdikt der Geschworenen nicht durch das Geständniß des Angeklagten ersetzen zu lassen.

Bezüglich des Verfahrens vor den Geschworenengerichten mag hervorgehoben werden, daß, während nach der württemb. Gesetzgebung auf die Vernehmung des Angeklagten und der Beweisaufnahme sofort die Plaidoyers folgen und diese der Frageſtellung an die Geschworenen vorangehen, nach der sächsischen Gesetzgebung die Frageſtellung vorangeht und

Digitized by Google

hieran erst die Plaidoyers sich anschließen, welche den Inhalt der festgestellten Fragen und die für deren Beantwortung vorliegenden Ergebnisse der Untersuchung zum Gegenstand haben sollen. Die Vorschriften über einen der wichtigsten und schwierigsten Punkte, nämlich über die Fragestellung selbst, stimmen in beiden Gesetzgebungen dem Wesen nach überein, indem sie den Geschworenen die volle Schuldfrage zu überweisen und die Nachtheile einer Trennung der That- und Rechtsfrage zu vermeiden bestrebt sind. Die Hauptfrage soll demgemäß den Thatbestand der dem Angeklagten zur Last gelegten strafbaren That vollständig umfassen und die ganze Schuldfrage, also nicht bloß die Frage des Beweises der thatsächlichen Grundlagen der Anklage, sondern auch die Frage der Zurechnung der That zur juristischen Schuld, die Schuld vor dem Gesetze, in sich begreifen. Nur ausnahmsweise, wenn sich bei der Verhandlung ein Thatumstand ergibt, welcher, seine Wahrheit vorausgesetzt, die Strafbarkeit ausschließen würde, kann hierauf eine besondere Nebenfrage gerichtet und die Hauptfrage auf die That- und Beweisfrage beschränkt werden. Uebereinstimmend ist ferner in beiden Gesetzgebungen bestimmt, daß die Frage auf den Verbrechensbegriff gerichtet und demgemäß in die Frage alle *gesetzlichen* Merkmale der dem Angeklagten zur Last gelegten strafbaren Handlung, nach der Bestimmung des sächsischen Gesetzes mit den Ausdrücken des Gesetzes selbst, aufgenommen werden sollen. Die württemb. Strafprozeßordnung kennt keine Ausnahme von dieser bei Vermeidung der Nichtigkeit zu befolgenden Vorschrift, indem dieselbe die Zurückführung auf das entsprechende thatsächliche Verhältniß nur *daneben* und nur als Ausnahme für den Fall vorschreibt, daß ein gesetzliches Merkmal einen nicht allgemein bekannten oder einen in seiner Anwendbarkeit auf den gegebenen Fall nicht unbestrittenen Rechtsbegriff enthalten würde. Das sächsische Gesetz dagegen gestattet in letzterem Falle die *Ersetzung* des Verbrechensbegriffes

durch die für die Beurtheilung wesentlichen Thatsachen, also die Aufnahme des konkreten thatsächlichen Materials in die Frage an der Stelle des Rechtsbegriffes. Uebrigens ist nicht nur dem Staatsanwalt und dem Angeklagten die Befugniß zu Anträgen auf Abänderung der Fragestellung eingeräumt, sondern es ist in beiden Gesetzgebungen auch den Geschworenen eine gewisse Mitwirkung bei der Fragestellung gestattet, sofern die sächsische Gesetzgebung den Geschworenen das Recht einräumt, auf Abänderung der vorgelegten Fragen, sowie auf Weglassung und Hinzufügung von Fragen anzutragen, und die württemb. Prozeßordnung den Geschworenen wenigstens gestattet, auf Mängel der Fragestellung aufmerksam zu machen.

Das Resumé der Ergebnisse der Beweisaufnahme hat die sächsische Gesetzgebung ganz fallen lassen und nur die Rechtsbelehrung der Geschworenen durch den Präsidenten als obligatorisch vorgeschrieben, während die württemb. Prozeßordnung zwar die Rechtsbelehrung durch den Präsidenten gleichfalls vorschreibt, demselben jedoch anheimgibt, ein Resumé des Thatsächlichen damit zu verbinden. Eigenthümlich ist der sächsischen Gesetzgebung sodann weiter, daß im Falle einer, auf Verlangen durch das Protokoll zu fixirenden unrichtigen Rechtsanwendung des Präsidenten bei der Rechtsbelehrung der Geschworenen das Erkenntniß auf Grund dessen als nichtig angefochten werden kann, indem davon ausgegangen wird, daß die Geschworenen an die Rechtsbelehrung sich binden und in Gemäßheit derselben ihr Verdikt abgeben werden.

Was die in neuester Zeit wiederholt lebhaft besprochene Frage betrifft, welche Mehrheit der Stimmen zu einem Schuldig der Geschworenen erforderlich sei, so hat der vielfach vertheidigten Meinung gegenüber, daß das Schuldig-Verdikt der Jury auf Einstimmigkeit der Geschworenen beruhen müsse, die sächsische Gesetzgebung gleich der württembergischen der beinahe übereinstimmenden Ansicht der deutschen Prozeßordnungen (ausgenommen Braunschweig und Waldeck)

Digitized by Google

sich angeschlossen und das Erforderniß der Stimmeneinhelligkeit nicht aufgestellt. Ebensowenig ist jedoch die einfache Majorität (wie jetzt wieder in Frankreich nach zehnmaligem Wechsel der Gesetzgebung) für ausreichend zu einem Schuldig-Verdikte erachtet worden, vielmehr hat das sächsische Gesetz in gleicher Weise, wie die württembergische Strafprozeßordnung, bestimmt, daß eine dem Angeklagten nachtheilige Beantwortung einer Frage nur mit der Majorität von wenigstens zwei Drittheilen der Geschworenen, also nur mit mehr als sieben Stimmen beschlossen werden könne.

Für die Erledigung von Zweifeln der Geschworenen über das von ihnen zu beobachtende Verfahren oder über den Sinn der gestellten Fragen oder über die Fassung einer Antwort hat die sächsische Gesetzgebung einen etwas anderen Weg als die württembergische Gesetzgebung eingeschlagen. Denn während in der württemb. Strafprozeßordnung die Bestimmung getroffen ist, daß in dem Falle der Entstehung von Zweifeln die Geschworenen sich in den Sitzungssaal zurückzubegeben und die erforderliche Auskunft von dem Gerichtshofe zu verlangen haben, und diesem anheimgegeben ist, behufs der Beseitigung der Anstände die Wiedereröffnung der Verhandlungen zu beschließen, so soll nach der Bestimmung des sächsischen Gesetzes der Präsident sich auf Einladung der Geschworenen in das Berathungszimmer derselben begeben und diesen dort die nöthige Auskunft geben, wobei jedoch Staatsanwalt und Vertheidiger anwohnen können. Nur wenn der Präsident es für nothwendig oder zweckmäßig erachtet, zu Beseitigung der Zweifel die Wiedereröffnung der Verhandlung zu beschließen, haben sich die Geschworenen zu diesem Ende in den Sitzungssaal zurückzubegeben. Es soll auf diese Weise ermöglicht werden, leicht zu erledigende Zweifel kurzer Hand zu erledigen, auch den Geschworenen der Vortrag ihrer Zweifel in öffentlicher Sitzung erspart werden, wobei die Anwesenheit des Staatsanwalts und Vertheidigers zur

Digitized by Google

Kontrole des Präsidenten dienen solle. Es dürfte jedoch dieses Auskunftsmittel der Bedenken manche gegen sich haben und dem Präsidenten eine für Anklage und Vertheidigung nicht ganz ungefährliche Stellung einräumen, indem dadurch der Verkehr mit den Geschworenen der Oeffentlichkeit theilweise entzogen wird. Auch scheint ein Bedürfniß, den Geschworenen das Verlangen der Auskunftsertheilung über ihre Zweifel ohne Zurückkommen derselben in den Sitzungssaal zu ermöglichen, in der württembergischen Praxis sich nicht geltend gemacht zu haben, und die Bestimmung des württemb. Gesetzes all demzufolge den Vorzug zu verdienen.

Das Berichtigungsverfahren für den Fall, daß der Wahrspruch nicht regelmäßig in der Form, oder seinem Inhalte nach undeutlich, unvollständig oder sich widersprechend ist, oder sich Zweifel ergeben, ob der verkündigte Wahrspruch der wirklichen Meinung oder Abstimmung der Geschworenen entspreche, ist in der sächsischen Gesetzgebung in Uebereinstimmung mit den dießfälligen Vorschriften der württemb. Strafprozeßordnung geregelt.

Dagegen weicht das sächsische Gesetz bezüglich der Voraussetzung für die Möglichkeit der Remedur eines offenbar unrichtigen Schuldig-Verdiktes der Geschworenen von den Bestimmungen der württ. Strafprozeßordnung in einem wesentlichen Punkte ab. Das sächsische Gesetz verlangt in gleicher Weise, wie das württemb. Schwurgerichtsgesetz vom 14. August 1849 und die Oldenburg'sche Strafprozeßordnung *Einstimmigkeit* des Schwurgerichtshofes, um die Verweisung der Sache an ein anderes Schwurgericht beschließen zu können, während die württemb. Strafprozeßordnung sich nach dem Vorgang des neuen französischen Rechtes mit der *Stimmenmehrheit* begnügt, davon ausgehend, daß ein Wahrspruch, welchen zwei Richter von dreien für unrichtig halten, auf Unumstößlichkeit begründeten Anspruch nicht habe. Eine weitere Abweichung der sächsischen Gesetzgebung besteht darin, daß während die

Digitized by Google

württemb. Strafprozeßordnung in Uebereinstimmung mit den meisten Gesetzgebungen bestimmt, daß die neue Verhandlung sich nicht auf diejenigen Punkte der Anklage mit erstrecken dürfe, welche durch den Wahrspruch zu Gunsten des Angeklagten entschieden worden, das sächsische Gesetz eine solche Bestimmung nicht kennt. Zur Begründung dieser Abweichung wird in den Motiven geltend gemacht, daß durch die fragliche Beschränkung die Anklage wie die Verhandlung in eine eigenthümliche Zwangslage versetzt werde, da sich die zu Gunsten des Angeklagten entschiedenen Punkte von den übrigen, durch den Spruch des Gerichtes beanstandeten Punkten nicht stets völlig sondern lassen und die Verhandlung an Treue und Wahrheit verliere, wenn nicht die ganze That wieder zum Gegenstande der Verhandlung und des Spruches der Geschworenen gemacht werde.

Der sächsischen Gesetzgebung eigenthümlich ist die Zulassung der Berufung gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse, welche jedoch nur dem Verurtheilten, nicht auch dem Staatsanwalt gestattet ist und nur auf die Behauptung gestützt werden kann, daß die erkannte Strafe innerhalb des in dem angewendeten Gesetze nachgelassenen Strafmaßes gegenüber der Verschuldung des Verurtheilten zu hoch gegriffen sei. Der Wahrspruch der Geschworenen wird durch diese Berufung allerdings nicht angegriffen, da das Berufungsgericht an denselben gebunden ist. Allein eine größere Garantie für die Gerechtigkeit und Billigkeit der Strafbemessung wird dadurch um so weniger gewonnen werden, als die Richter, welche durch die Hauptverhandlung unmittelbare Kenntniß der für die Schuldbemessung wichtigen Momente erlangt haben, die Strafe weit sicherer zu bestimmen in der Lage sind, als der nur durch mangelhaftes Aktenmaterial instruirte Berufungsrichter. Auch hat sich das Bedürfniß einer Berufung gegen schwurgerichtliche Urtheile bezüglich des Strafmaßes bis jetzt nicht geltend gemacht.

Digitized by Google

Was die sächsischen Schöffengerichte betrifft, so unterscheiden sich diese bezüglich ihrer Zusammensetzung insofern von den württembergischen, als jene aus drei rechtsgelehrten Richtern und vier Schöffen zusammengesetzt werden, während bei den württ. Oberamtsgerichten zwei Richter und drei Schöffen und bei den württ. Kreisgerichten drei, bezw. vier Richter und zwei, bezw. drei Schöffen das Kollegium bilden.[4] Auch in dieser Beziehung wird eine Vergleichung der Erfahrungen von großem Interesse sein.

Bezüglich der Mitwirkung der Schöffen in den an die Schöffengerichte gewiesenen Straffachen unterscheidet sich die sächsische Gesetzgebung gleichfalls wieder wesentlich von der württembergischen. Nach letzterer sind die Schöffen bezüglich des Umfangs ihrer Thätigkeit den rechtsgelehrten Richtern durchaus gleichgestellt, sie sind in jedem den Schöffengerichten zugewiesenen Falle, welcher zur Aburtheilung kommt, ob ein Geständniß des Beschuldigten vorliege oder nicht, beizuziehen, und ihre Mitwirkung bei der Aburtheilung erstreckt sich auf die Schuldfrage in ihrem ganzen Umfange einschließlich der Subsumtion unter das Gesetz und auf die Bemessung der Strafe. Anders in der sächsischen Gesetzgebung, welche die Mitwirkung der Schöffen in ähnlicher Weise, wie die Thätigkeit der Geschworenen, begrenzt, so daß die Verbindung der Schöffen und der rechtsgelehrten Richter zu einem Gerichte und zu ungetheilter Arbeit, was als der Hauptvorzug der Schöffengerichte vor den Geschworenengerichten (ob mit Recht?) gerühmt wird, zugleich auch ihr einziges Hauptunterscheidungsmerkmal bildet. Demzufolge findet im Einklang mit den für die Mitwirkung der Geschworenen in schwurgerichtlichen Fällen aufgestellten Grundsätzen die Zuziehung von Gerichtsschöffen zu der Hauptverhandlung und Aburtheilung nicht statt, wenn der Angeschuldigte bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung vor Gericht ein völlig glaubhaftes und die

[4] Dieses Archiv Bd. XI, S. 347 ff., 352 f., 310 ff.

wider ihn erhobene Beschuldigung vollständig umfassendes Geständniß abgelegt hat, auch hierüber der Staatsanwalt und der Angeschuldigte auf die Zuziehung von Schöffen verzichten. Werden Schöffen beigezogen, so ist ihre Mitwirkung auf die Theilnahme an der Berathung und Beschließung des Urtheils beschränkt. Bei allen andern Entscheidungen des Gerichtes, so bei der Entscheidung über prozessualische Fragen, bei Entschließungen auf Anträge des Staatsanwalts und des Vertheidigers bezüglich der Beweisaufnahme u. s. w. findet eine Mitwirkung der Gerichtsschöffen nicht statt. Unleugbar wird hiedurch manchen Bedenken gegen das Schöffeninstitut die Spitze abgebrochen. Die sächsische Gesetzgebung geht aber noch weiter, indem sie die Schöffen auch in Bezug auf den Umfang ihrer Mitwirkung bei der Aburtheilung den Geschworenen gleichstellt und die Schöffen an der Berathung und Beschlußfassung über das zu ertheilende Erkenntniß nur insoweit Theil nehmen läßt, als in schwurgerichtlichen Sachen der Wahrspruch der Geschworenen sich zu erstrecken hat, ihre Entscheidung daher im Wesentlichen auf die Frage beschränkt, ob sich der Angeklagte der Handlung, welche den Gegenstand der Anklage bildet, schuldig gemacht habe und ob er deßhalb vor dem Gesetze verantwortlich sei, während den rechtsgelehrten Richtern die Anwendung des Strafgesetzes auf den als vorhanden erkannten Straffall und also insbesondere die Strafbemessung zugewiesen bleibt. Wir können uns hiemit nicht befreunden, da unseres Erachtens die Mitwirkung der Schöffen bei der Strafbemessung besonders wünschenswerth ist und dieser Mitwirkung kein unüberwindliches Hinderniß im Wege steht. Offenbar war die Rücksicht auf die Neuheit der Institution und die Ungewißheit, ob die Schöffen ihrer Aufgabe sich auch gewachsen zeigen werden, auf die wohl allzuängstliche Eingrenzung der Mitwirkung der Schöffen bei der Urtheilsschöpfung von bestimmendem Einfluß. Die günstigen Erfahrungen in letzterer Beziehung werden daher

Digitized by Google

wohl auch in Sachsen schließlich zur Gleichstellung der Schöffen mit den Richtern bezüglich des Umfangs der Mitwirkung bei der Aburtheilung führen, wie dieß auch Schwarze in Aussicht zu nehmen scheint.

Mit dem ebenberührten Ausschluß der Schöffen von der Mitwirkung bei der Strafbemessung steht in Verbindung, daß, während eine Berufung gegen die Erkenntnisse der Schöffengerichte bezüglich der Thatfrage, wie in der neuen württembergischen, so auch in der neuen sächsischen Gesetzgebung ausgeschlossen ist, dem Verurtheilten in gleicher Weise, wie in schwurgerichtlichen Fällen die Befugniß eingeräumt ist, wegen zu hoch gegriffener Strafe Berufung einzuwenden. Uns scheint neben dem schon oben Bemerkten die Mitwirkung der unmittelbar durch die Verhandlung instruirten Schöffen bei der Strafbemessung eine geeignetere Bürgschaft für deren Gerechtigkeit und Billigkeit darzubieten, als die Berufung an ein der Natur der Sache nach stets weniger vollständig instruirtes höheres Gericht.

Warten wir jedoch hier wie dort die Erfahrungen ab, welche erst ein endgiltiges Urtheil ermöglichen werden. Vertrauen wir aber auch, daß Geschworene und Schöffen der ihnen zugewiesenen hochwichtigen Aufgabe sich gewachsen zeigen und ihrem Berufe stets mit Ernst und Eifer nachkommen werden.

In der zweiten der oben angeführten Schriften hat Schwarze es unternommen, die Geschworenen und Schöffen mit den Grundzügen des neuen Strafverfahrens näher bekannt zu machen und ihnen ihre Rechte und Pflichten auseinander zu setzen. Es ist der Hr. Verfasser damit gewiß einem fühlbaren Bedürfnisse entgegengekommen und wenn gleich die Schrift zunächst auf Sachsen berechnet und die sächsische Gesetzgebung derselben zu Grunde gelegt ist, so ist der größere Theil ihres reichhaltigen Inhalts auch den württembergischen Laienrichtern zur Beherzigung sehr zu empfehlen.

Dr. Kübel.

Digitized by Google

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

7) Von der Theilbarkeit der Häuser nach Stockwerken und Gelassen.

(Von Hrn. Obertribunalrath v. Krauß.)

Die praktisch wichtige Frage, ob der Theilung eines Gebäudes nach Stockwerken und einzelnen Gelassen die Wirkung einer Eigenthumstheilung beigelegt werden könne, ist bei dem Obertribunal in neuerer Zeit mehrmals zur Entscheidung gekommen, aber nicht gleichförmig entschieden worden.

In den zur Entscheidung vorgelegenen Fällen war der Sachverhalt im Wesentlichen derselbe. Die betreffenden Wohnhäuser waren zwischen den mehreren Eigenthümern (den jedesmaligen Klägern und Beklagten) nicht in der Richtung von unten nach oben, sondern in der Art abgetheilt, daß das eine Stockwerk zu diesem, das andere zu jenem Antheil und außerdem diese oder jene speziell bestimmten Räume und Gelasse zu dem einen oder andern Antheil gehörten. Einzelne für alle Theilhaber nothwendige Bestandtheile, wie Haus- und Kellereingänge, Treppen ꝛc., und anerkanntermaßen auch die Area, waren gemeinschaftlich. Nun erhob (in jedem der Fälle) der eine Theilhaber gegen den andern die Theilungsklage auf öffentlichen Verkauf des Hauses und Vertheilung des Erlöses, indem er davon ausging, daß der bereits bestehenden Abtheilung des Hauses die Wirkung einer Eigenthumstheilung nicht

Digitized by Google

zukomme und daß daher das Haus als im ungetheilten Eigenthum beider Theilhaber befindlich zu betrachten sei. Der Beklagte bestritt die Statthaftigkeit der Theilungsklage, weil das Haus als solches bereits reell getheilt sei. Die Entscheidung über die erhobenen Theilungsklagen hing also in sämmtlichen Fällen zunächst davon ab, ob das Haus nach dem dermaligen Besitzstande als im getheilten oder im ungetheilten Eigenthum der Theilhaber befindlich anzusehen sei.

In zwei hieher gehörigen Entscheidungen des Obertribunals vom 16. Febr. und 4. Juni 1864 wurde die Theilungsklage für begründet erkannt.

In den Gründen zu dem Urtheil vom 4. Juni 1864[1] (welche mit den Gründen zu dem Urtheil vom 16. Febr. 1864 im Wesentlichen übereinstimmen) ist gesagt:

„Nach den Gesetzen bildet das Gebäude mit dem Boden, auf dem es steht, ein unzertrennliches Ganzes. Es ist daher rechtlich nicht möglich, daß das Gebäude und der Boden und ebensowenig, daß die einzelnen Stockwerke eines Hauses verschiedene Eigenthümer haben und es folgt hieraus, daß ein Haus (wofern überhaupt dessen Konstruktion es gestattet) nur durch vertikale Scheidung, d. h. nur so getheilt werden kann, daß einem Jeden ein bestimmter Theil des Bodens mit dem über diesem Theile befindlichen Bau als ein zusammenhängendes Ganzes zugeschieden wird. — l. 44, §. 1. D. de obl. et act. (44, 7); l. 98 §. 8 D. de solut (46, 3); l. 2 D. de superfic. (43, 18); l. 6, §. 1 D. commun. praed. (8, 4); l. 15, §. 13 D. de damno inf. (39, 2). —[2] Die heutige Anwendbarkeit dieser

---

[1] Vergl. Seuffert Archiv Bd. XVIII, Nr. 242; Tafel, Civilrechtsspr. Bd. VI, S. 320 ff., wo auch die Entscheidungsgründe zu dem die Klage abweisenden Urtheil des Gerichtshofes veröffentlicht sind.

[2] Berufen wurde sich auf Savigny, Besitz (5te Ausgabe) S. 259 u. 289 ff.; derselbe, Obligat. Recht Bd. I, S. 306; Wächter, im civ. Archiv Bd. XXVII, S. 178; derselbe, württ. Privatrecht Bd. II, S. 274 Note 6 und S. 276 Note 10. Zaun

Rechtssätze läßt sich um so weniger bezweifeln, als das Prinzip, daß Boden und Gebäude rechtlich zusammenhängen, auch in unserer Pfandgesetzgebung ausdrücklich anerkannt ist (§. 140, 149, 150 der Hauptinstr. zum Pfandges. vom 14. Dez. 1825; vergl. Art. 49 Ziff. 2, Art. 125 des Pfandges. vom 15. April 1825). Wenn daher ein Haus nicht in der Richtung von oben nach unten abgetheilt wird, sondern dessen verschiedene Gelasse und Räumlichkeiten in anderer Weise beliebig vertheilt werden, wie es im vorliegenden Falle geschehen ist, so kann einer solchen Theilung in keinem Falle die Wirkung einer Eigenthumstheilung beigelegt werden, wie dieß das Obertribunal schon früher [3] im Einklang mit der Praxis anderer deutscher Gerichtshöfe [4] ausgesprochen hat.

Steht hiernach fest, daß das Haus dem Eigenthum nach zwischen dem Kläger und dem Beklagten nicht getheilt ist, so bleibt, da dasselbe ursprünglich dem Beklagten allein

---

im civil. Arch. Bd. XLIII, S. 211 ff.; Gerber und Ihering, Jahrb. Bd. III, S. 286 ff.

[3] Nemlich in der kurz vorangegangenen Entscheidung vom 16. Februar 1864. — Aeltere Entscheidungen, in welchen auf die vorliegende Frage näher eingegangen worden wäre, sind nicht bekannt. In dem in Sarwey's Monatschr. Bd. XIX, S. 211 ff. besprochenen, durch Erkenntniß des Obertribunals vom 1. Juni 1853 entschiedenen Falle war das Haus der Hauptsache nach in vertikaler Richtung getheilt. In der in Hufnagel's Mittheilungen Bd. I, S. 281 angeführten Entscheidung vom 23. Juni 1834 scheint übrigens das Obertribunal mit den Parteien davon ausgegangen zu sein, daß das betreffende Haus, obwohl es laut der Akten nach Etagen getheilt war, der Hauptsache nach reell getheilt sei. — Bei der im Württ. Archiv Bd. IX, S. 439 und in Seuffert's Arch. Bd. XX, Nr. 32 erwähnten Entscheidung v. 15. Sept. 1866 handelte es sich davon, ob die von beiden Parteien beantragte Aufhebung der in Absicht auf ein Doppelhaus und dessen Zugehörungen bisher bestandenen ungetheilten Gemeinschaft durch Naturaltheilung oder durch öffentliche Versteigerung bewerkstelligt werden solle.

[4] Siehe Seuffert, Archiv Bd. XIV, Nr. 10.

Digitized by Google

gehörte, die weitere Frage übrig, ob durch die vorliegenden Kaufverträge (durch welche der Kläger seinen Hausantheil erworben hat)[5] eine Gemeinschaft des Eigenthums zwischen dem Kläger und dem Beklagten begründet worden ist. Diese Frage ist zu bejahen.

Zwar ist in dem von dem Beklagten mit Sch. abgeschlossenen Kaufvertrage vom Jahre 1838 nicht, wie in dem Kaufvertrage zwischen Sch. und dem Kläger vom Jahre 1845, ausdrücklich ein aliquoter Theil des ganzen Hauses, sondern es sind die daselbst beschriebenen Gelasse und Räumlichkeiten als Gegenstand der Veräußerung bezeichnet. Dasselbe gilt von dem zwischen dem Beklagten und dem Kläger unmittelbar abgeschlossenen Kaufvertrage vom Jahre 1843, obwohl hier unter Anderem von einem „Hausantheil", bestehend in drei Piecen, die Rede, auch in dem Kaufbuche amtlich bemerkt ist, daß das Kaufsobjekt ungefähr „ein Drittel des bisherigen Besitzes" bilde.

Erwägt man jedoch, daß beide von dem Beklagten abgeschlossene Kaufverträge jedenfalls auf theilweise Uebertragung des Eigenthums gerichtet waren, daß aber die Eigenthumsübertragung unter den gegebenen Verhältnissen nur durch Veräußerung eines aliquoten Theiles des ganzen Hauses rechtlich möglich war, daß ferner auch bei der Veräußerung eines aliquoten Theiles die zur Benützung des Käufers bestimmten körperlichen Theile des Hauses im Vertrage speziell bezeichnet werden mußten, und daß die zur Benützung des Käufers bestimmten körperlichen Theile nach dem Verhältniß ihres Raumgehaltes und Werthes zu dem Raumgehalte und Werthe der übrigen Theile von selbst einen aliquoten Theil des ganzen Hauses repräsen-

---

[5] Der Kläger hatte nemlich seinen nunmehrigen Hausantheil dadurch erworben, daß er im Jahre 1843 gewisse Theile des Hauses vom Beklagten und im Jahre 1845 einige weitere Theile, welche der Beklagte im Jahre 1838 an Sch. verkauft hatte, von diesem erkaufte.

Digitized by Google

tiren, so steht die in den Verträgen gewählte Bezeichnung nicht im Wege, daß der jenen körperlichen Theilen entsprechende aliquote Theil des Hauses als der wahre Gegenstand der Veräußerung betrachtet wird.

Hiezu kommt, daß der Beklagte selbst nicht bestreitet, daß die Area des Hauses, als für beide Eigenthümer absolut nothwendig gemeinschaftliches Eigenthum geworden sei.

Ist aber die Area gemeinschaftlich, so muß nach den Gesetzen nothwendig auch das darauf stehende Haus gemeinschaftlich sein.

Da dem Miteigenthümer das unbedingte Recht zusteht, Theilung zu verlangen, so bedarf der vom Kläger gestellte Antrag auf Theilung keiner weitern Rechtfertigung.

Gegen das Verlangen des Klägers, daß die Theilung durch Verkauf des Hauses im öffentlichen Aufstreich bewerkstelligt werde, hat der Beklagte keine besondere Einwendung erhoben. Von selbst versteht sich, daß der Erlös unter die Miteigenthümer verhältnißmäßig, d. h. nach dem Verhältniß des Werthes des Hausantheils eines Jeden, zu vertheilen ist."

Im Jahre 1869 lagen drei weitere ähnliche Fälle gleichzeitig zur Entscheidung vor. Der Gerichtshof in Ellwangen hatte auch in diesen, wie schon in dem eben angeführten Falle, die Klage abgewiesen und in den Entscheidungsgründen die Ansicht, daß in Hinsicht der Frage von der Theilbarkeit der Gebäude in Württemberg ein von den Grundsätzen des römischen Rechtes abweichendes Gewohnheitsrecht bestehe, näher begründet. Aus Veranlassung dieser Appellationssachen hat das Obertribunal die von ihm in den Entscheidungen vom Jahre 1864 befolgte Ansicht, daß die Frage, auf welche Weise ein Gebäude real getheilt werden könne, auch in Württemberg lediglich nach den Grundsätzen des römischen Rechtes zu beurtheilen sei, [6] in

[6] Gegen welche Ansicht auch in Seuffert's Archiv Bd. XX, S. 58 Note 1 Bedenken geäußert worden waren.

Digitized by Google

voller Versammlung des Civilsenates einer wiederholten Prüfung unterzogen und durch einstimmig gefaßten Plenarbeschluß vom 22. Januar 1869 sich dafür entschieden, daß ein in Württemberg bestehendes Gewohnheitsrecht anzuerkennen sei, nach welchem Gebäude auch in anderer als vertikaler Richtung dem Eigenthum nach getheilt werden können und daß daher in Fällen der vorliegenden Art die Theilungsklage ausgeschlossen sei. In Folge dieses Beschlusses wurden die erhobenen Theilungsklagen in den anhängigen drei Appellationssachen, in der einen (G. gegen H.) durch Erkenntniß vom 22. Januar 1869 und in den beiden andern (M. gegen D. und B. gegen B.) je durch Erkenntniß vom 27. Januar 1869, abgewiesen.

Die Gründe, auf welchen jener Plenarbeschluß beruht, sind in dem von dem Referenten des Obertribunals in der Plenarsitzung erstatteten rechtlichen Gutachten enthalten,*) welches seinem wesentlichen Inhalt nach, nur mit den erforderlichen Abkürzungen, in die Entscheidungsgründe zu jenen Erkenntnissen aufgenommen wurde und in Folgendem vollständig mitgetheilt wird:

I. Vom Standpunkte des römischen Rechtes aus unterliegen die Entscheidungen des Obertribunals vom Jahre 1864 keinem Bedenken.

Das römische Recht geht von dem Grundsatze aus, daß das Eigenthum einer Sache von dem Eigenthum der mit ihr physisch kohärirenden Accessionen nicht getrennt sein könne, daß daher der Eigenthümer des Grund und Bodens nothwendig auch Eigenthümer dessen sein müsse, was mit Grund und Boden physisch kohärirt, also namentlich der superficies, d. h. dessen, was auf diesem Grund und Boden sich erhebt und in fester physischer Verbindung mit demselben steht, z. B. der auf ihm errichteten Gebäude, der in ihm wurzelnden Bäume. Hieraus folgt, daß es rechtlich

*) Referent war der verehrte Hr. Verfasser des obigen Aufsatzes. D. R.

Digitized by Google

unmöglich ist, ein Gebäude dem Eigenthum nach so zu theilen, daß dem Einen das eine, dem Andern ein anderes Stockwerk eigenthümlich zugehören soll.[7] Von Wächter in seiner in der Note angeführten Abhandlung über das Superfiziar- oder Platzrecht wird namentlich ausgeführt, daß die Römer den Satz: „superficies solo cedit“ (die Unzertrennlichkeit des Eigenthums am Boden und am Gebäude) nicht als eine Sache legislativer Willkühr, sondern als eine juristische Nothwendigkeit, als Etwas, das nicht anders sein könne, aufgefaßt haben, daß das römische Recht von diesem Grundsatze keine Ausnahme mache und gar nicht die Möglichkeit einer Ausnahme setze, und daß diese Auffassung unter Anderem ein Grund der Entstehung des Instituts des Superfiziarrechtes gewesen sei, durch welches man den Bedürfnissen des Lebens entgegengekommen sei, ohne mit der Rechtskonsequenz in Widerspruch zu treten.

An ein superfiziarisches Verhältniß kann jedoch in den Fällen, wie sie hier vorliegen, nicht gedacht werden, schon deßhalb nicht, weil die Betheiligten darüber einig sind, daß die Area des Hauses ihr gemeinschaftliches Eigenthum sei, und weil es rechtlich nicht möglich ist, daß der Miteigenthümer des Bodens ein Superfiziarrecht an dem darauf errichteten Hause oder an einzelnen Theilen desselben habe.

Vom Standpunkte des römischen Rechtes läßt sich daher das vorliegende Rechtsverhältniß juristisch nur so konstruiren, daß Boden und Gebäude im gemeinschaftlichen Eigenthum (communio pro indiviso) der Theilhaber sich befinden, und daß zwar der ideelle Antheil eines Jeden nach dem Werthe der ihm besonders zugeschiedenen Theile des Hauses sich bemesse, daß aber durch diese Zuscheidung nicht das Haus selbst dem Eigenthum nach, sondern nur die Ausübung des Eigenthums, die Benützung getheilt

---

[7] Vergl. besonders C. G. v. Wächter, das Superfiziar- oder Platzrecht, in der Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Leipziger Juristenfakultät Bd. 1. (1868) S. 3—27, §. 1.

Digitized by Google

worden sei.[8] Ist aber das Haus dem Eigenthum nach ungetheilt und nur in Absicht auf die Benützung getheilt, so ist die erhobene Theilungsklage, nämlich die Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft begründet. Denn die bisher bestandene, nur die Benützung betreffende Abtheilung wirkt nur für die Dauer der Gemeinschaft und das dem Miteigenthümer gesetzlich zustehende Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, wird dadurch nicht ausgeschlossen.[9]

II. Eine andere Frage ist, ob die Grundsätze des römischen Rechtes, von welchen das Obertribunal in den früheren Entscheidungen ausging, auf das vorliegende Rechtsverhältniß überhaupt anwendbar sind, und ob nicht (wie der Gerichtshof angenommen hat) in Hinsicht der Frage von der realen Theilbarkeit der Gebäude in Württemberg besondere vom römischen Rechte abweichende Grundsätze bestehen. Für das letztere sprechen nun auch so überzeugende Gründe, daß die jenen Entscheidungen des Obertribunals zu Grunde liegende entgegengesetzte Ansicht nicht festgehalten werden kann.

---

[8] So wird auch die in der römischen Rechtsgeschichte vorkommende lex Icilia de Aventino von Rudorff in Savigny's Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. XI, S. 226 durch ein Miteigenthum pro indiviso erklärt, bei welchem die Theilung nach Stockwerken sich bloß auf die Benützung beziehe. Vergl. Wächter in der Note 7 angeführten Abhandlung S. 51; Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 108.

[9] Zwar kann bei gemeinschaftlichen Nutzungs- und Gebrauchsrechten (ususfructus etc.) die Theilung auch dadurch bewerkstelligt werden, daß die bloße Ausübung getheilt wird. — l. 7 §. 10, l. 10 §. 1 D. comm. div. (10, 3). — Allein für die Theilung der im gemeinschaftlichen Eigenthum befindlichen Sachen gelten andere Grundsätze. Windscheid, Pand. Bd. II, §. 449 Note 22; Seuffert, Pand. Bd. II, §. 359, Note 1; Sintenis, Civilrecht Bd. II, S. 720; Wächter, Privatrecht Bd. II, S. 584; Seuffert, Archiv Bd. IX, Nro. 268.

Digitized by Google

Daß in Betreff der Theilbarkeit der Gebäude ein Gegensatz zwischen römischen und deutschen Rechtsanschauungen sich findet und daß in manchen Gegenden Deutschlands Theilungen der Häuser nach Stockwerken oder Wohnungen, als reelle Theilungen, häufig vorkommen, wird von verschiedenen Rechtslehrern bezeugt.

So bemerkt Bluntschli[10]: Während das römische Recht an dem Zusammenhang zwischen den Pflanzen oder Gebäuden und dem Boden strenger festhalte, sei es nach deutschem Rechte (und davon haben sich bis auf unsere Zeit Anwendungen erhalten) ausnahmsweise möglich, daß ein Baum oder ein Haus einem Andern eigenthümlich zugehöre, als der Boden, mit welchem sie verbunden sind. Es komme sogar, namentlich in den Vorstädten von München, häufig vor, daß verschiedene Stockwerke oder Wohnungen (sog. Herbergen) eines Hauses verschiedene Eigenthümer haben: eine Spaltung dessen, was zusammengehöre, welche freilich zur Verwirrung führe und nicht begünstigt, aber auch nicht, wo sie wirklich bestehe, um einer abstrakten Schultheorie willen willkührlich negirt werden dürfe.

Ferner sagt Heimbach[11]: während nach römischem Rechte Gebäude durch Aufführung einer Mauer natürlich getheilt werden, komme in manchen Gegenden Deutschlands eine Theilung der Wohnhäuser nach Stöcken oder Etagen vor und diese Theile werden auch besonders verkauft und in den öffentlichen Büchern zugeschrieben; es sei dieß ebenfalls eine natürliche Theilung und häufig seien daneben noch gewisse Räumlichkeiten gemeinschaftlich.

Weiter bemerkt Unger[12]: Die Theilung eines Hauses nach Stockwerken scheine im Geiste des deutschen Rechtes zulässig zu sein, und auch in Oesterreich seien früher

[10] deutsches Privatrecht (3. Aufl.) S. 154).

[11] in Weiske's Rechtslexikon Bd. IX, S. 498, Note 201.

[12] System des österr. Privatrechtes Bd. I (2. Aufl.), S. 415 Note 23.

Digitized by Google

solche sog. materielle Theilungen von Häusern häufig vorgekommen; sie stehen aber, wird beigefügt, im Widerspruch mit den Prinzipien des österreichischen Rechtes (§. 147 des allg. bürg. Gesetzbuches) und seien daher mit Recht sowohl von den Gerichten nicht anerkannt,[13] als in neuester Zeit auch seiten der Gesetzgebung für unzulässig erklärt worden (vergl. z. B. Verordnung der Ministerien der Justiz und des Innern vom 8. Febr. 1853 — Reichsgesetzblatt Nro. 25 S. 135).[14]

In mehreren neueren Gesetzgebungen und Gesetzesentwürfen aber werden solche Theilungen der Häuser als zulässig erkannt.

Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich enthält in §. 549 die Bestimmung:

„Ausnahmsweise können verschiedene über einander liegende Abtheilungen eines Gebäudes oder auch das ganze Gebäude einerseits und der Boden anderseits verschiedene Eigenthümer haben, wo solches durch den ausdrücklichen oder aus den örtlichen Verhältnissen folgenden Willen der Parteien so geordnet worden ist. Die Landschreiber sollen indessen bei Fertigungen von Rechtsgeschäften derartige Spaltungen des Grundstücks möglichst zu verhüten trachten." (Die Regel, daß das Gebäude dem Eigenthümer des Bo-

---

[13] Allg. österr. Gerichtszeitung v. 1854 Nro. 8, 9.

[14] Nach dieser Verordnung, welche das Verbot der Zerstücklung der in der Stadt Salzburg gelegenen Häuser betrifft, ist „die Theilung des Eigenthums der in der Stadt Salzburg gelegenen Häuser nach einzelnen materiellen Bestandtheilen, insbesondere nach sog. Hausböden, für die Zukunft unbedingt verboten. In Fällen künftiger Besitzvereinigung gegenwärtig schon getrennter Bestandtheile eines und desselben Hauses darf eine abermalige Trennung oder eine abgesonderte Belastung derselben nicht mehr vorgenommen werden. — Das Verfügungsrecht der Besitzer einzelner gegenwärtig schon getrennter Haustheile wird durch diese Bestimmung nicht geändert und bleibt für dieselben das bereits bestehende Verbot der weiteren Zerstücklung eines Hausantheils in kleinere Bestandtheile in Kraft".

Digitized by Google

dens gehöre, ist ausgesprochen in §. 548, vergl. auch die pfandrechtlichen Bestimmungen in §. 804, 806.)

Der Code civil bestimmt im Art. 553, daß alle auf einem Grundstück oder im Innern desselben befindlichen Anlagen, Pflanzungen und Werke, bis zum Beweise des Gegentheils, als dem Eigenthümer zugehörig angesehen werden, unbeschadet des Eigenthums (propriété), welches ein Dritter an einem Souterrain unter dem Gebäude eines Andern oder an irgend einem andern Theile des Gebäudes durch Verjährung erworben haben oder noch erwerben möchte; und im Art. 664 werden für den Fall, wo die verschiedenen Stockwerke eines Hauses verschiedenen Eigenthümern gehören (appartiennent à divers propriétaires) und die Eigenthumstitel (les titres de propriété) nichts Anderes bestimmen, gesetzliche Regeln darüber aufgestellt, welche Theile des Gebäudes von sämmtlichen Eigenthümern und welche von dem Eigenthümer eines jeden Stockwerkes zu unterhalten sind. [15]

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen, Thl. I. Tit. 3, Art. 97 ff. enthält ungefähr dieselben Bestimmungen über die Vertheilung der Last der Unterhaltung in dem Falle, wenn verschiedene

---

[15] Hiezu bemerkt Zachariä, französ. Civilrecht Bd. I, §. 197, Note 2: wenn die verschiedenen Stockwerke eines Hauses verschiedene Eigenthümer haben, so seien diese nicht als Miteigenthümer zu betrachten. — Dagegen Pagenstecher, Lehre vom Eigenthum, Abth. I, S. 12, Note 1: entweder sei bei Art. 664 an ächtes (ungetheiltes) Miteigenthum mit Realtheilung lediglich der Benutzung, wie dieß z. B. bei Miterben äußerst häufig vorkomme, zu denken, oder aber der Superfiziar sei als Eigenthümer bezeichnet. Ersteren Falls wäre der Ausdruck verkehrt; die letztere Auffassung bestätige sich aber auch daraus, daß, trotz Art. 552, im Art. 553 die Rede sei von propriété qu'un tiers pourrait etc. Hier also sei propriété Rechtseigenthum, also nicht gemäß der Definition des Art. 544 und nicht im römischen Eigenthumsverstand, sondern gemäß der Rubrik des III. Buches des Code (Eigenthum gleich Vermögensrecht, propriété des biens, art. 711). — Ebenso Zaun im civ. Archiv, Bd. XLIII, S. 218, Note 15.

Digitized by Google

Theile eines Gebäudes, insbesondere verschiedene Stockwerke eines Hauses, verschiedenen Personen angehören.

In den Motiven zu diesen Artikeln ist bemerkt: Die Artikel handeln von den gegenseitigen Rechten und Verpflichtungen, welche mehreren Personen bezüglich der Unterhaltung und Wiederherstellung der Sache zukommen, die ihnen zwar nach besonderen Theilen angehören, ohne daß jedoch letztere durchgreifend physisch abgegrenzt seien, wie dieß namentlich bei Gebäuden, insbesondere bei Häusern, Scheunen und Stallungen denkbar sei. Hier liege es in der Natur der Sache, daß jeder einzelne für sich allein die Unterhaltungs- und Wiederherstellungskosten des ihm insbesondere angehörigen Theiles tragen müsse, sowie daß umgekehrt die Theilhaber zur Unterhaltung und Wiederherstellung derjenigen Theile des Gebäudes gemeinschaftlich zu kontribuiren verbunden seien, welche ihnen ungetheilt angehören und von ihnen gemeinsam benützt werden. Der Maßstab aber, nach welchem sich diese Beitragspflicht bestimme, sei in dem Interesse zu finden, welches jeder Theilhaber an dem Gebäude habe, und richte sich nach dem Kapitalwerthe des Antheils, nicht nach dem räumlichen Verhältnisse des letztern zum ganzen Gebäude, indem die besondern Antheile zwar räumlich gleich, allein dennoch ihrem Kapitalwerthe nach wesentlich verschieden sein können.

In ähnlicher, nur noch eingehenderer Weise wird das vorliegende Rechtsverhältniß im Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern Thl. III, Art. 212 ff. behandelt. Der Art. 212 lautet:

„Wenn Mehreren das Eigenthum an räumlich ausgeschiedenen Theilen des Gebäudes zusteht, so sind Grund, Dach, Hofraum und die andern zum gemeinschaftlichen Gebrauche dienenden Bestandtheile des Gebäudes unter ihnen nach Verhältniß des Werthes der Sondertheile gemeinschaftlich.

Digitized by Google

Dieses Miteigenthum gilt als Bestandtheil des Eigenthums an dem Sondertheile und kann nur mit dem letztern zur Veräußerung gebracht werden.

In dem Abs. 1 bezeichneten Verhältnisse haben die Theileigenthümer zu den Unterhalts- und Wiederherstellungskosten der ihnen gemeinschaftlich dienenden Theile des Gebäudes beizutragen."

Im Art. 213 wird sodann bestimmt, welche Gebäudetheile in dem Falle, wenn verschiedene Stockwerke eines Hauses verschiedenen Personen gehören, der Eigenthümer eines jeden Stockwerkes auf seine alleinige Kosten zu erhalten hat.

Die Motive sagen:

Bei der weniger bemittelten Einwohnerklasse komme häufig ein Theileigenthum mehrerer Personen an einem und demselben Gebäude nach räumlich ausgeschiedenen Theilen, nach Stockwerken oder nach einzelnen Wohnungsräumen vor. Dergleichen Rechtsverhältnisse, wenn auch nach den allgemeinen Rechtsbegriffen nicht wohl zu konstruiren und anomal, können als in der Rechtssitte und in lokalen Bedürfnissen begründet, auch keinem öffentlichen Interesse widerstreitend, weder verboten noch ignorirt werden. — Die Grundlage für die Beurtheilung sei der Satz des Art. 212, daß in Ermanglung anderer Anhaltspunkte jeder als Miteigenthümer an dem Grund und Boden und an den zum gemeinschaftlichen Gebrauche dienenden Bestandtheilen des Gebäudes nach dem Werthe seines Antheils zu betrachten sei, wobei sich von selbst verstehe, daß dieser ideelle Theil an dem Gesammteigenthum mit dem Sondereigenthum eines jeden Betheiligten an den ausgeschiedenen Räumlichkeiten in unzertrennbarer Verbindung stehe und eine abgesonderte Veräußerung des einen oder des andern Gegenstandes nicht zulässig sei. Aus diesem Prinzip ergebe sich von selbst der Maßstab der Vertheilung der Unterhalts- und Wiederherstellungskosten.

Im Art. 215 ist übrigens im Falle des Verkaufes

Digitized by Google

eines räumlich ausgeschiedenen Antheils eines Gebäudes den übrigen Theileigenthümern ein gesetzliches Vorkaufsrecht eingeräumt und in den Motiven ist hiezu bemerkt, daß sich ein solches Vorkaufsrecht noch in höherem Maaße als bei der gewöhnlichen Gemeinschaft bei einem Verhältniß rechtfertige, welches, wie das hier in Frage stehende, fast unausweichlich mit mannigfachen Mißständen verbunden sei, weßhalb die Konsolidirung mehrerer Antheile in einer Hand höchst wünschenswerth erscheine und Begünstigung verdiene.

In der oben Note 7 angeführten Abhandlung hat neuerdings Wächter gegen Bluntschli bemerkt:

Wenn dessen Behauptung richtig wäre, so hätte das Institut des Platzrechtes (Superfiziar-Rechtes) in Deutschland keinen Boden finden können, während es doch als ein durchaus praktisches Institut anzuerkennen sei. Allein das, was Bluntschli behaupte, sei gewiß nicht gemeines deutsches Recht und sehr bedauerlich würde es sein, wenn irgendwo nach einem Partikularrechte eine solche allen Prinzipien widersprechende und zur Verwirrung führende Spaltung bestände. Eine abstrakte Schultheorie aber werde man die Theorie nicht nennen dürfen, welche das, was nach dem positiven Rechte im Leben bestehe, prinzipiell zu begründen und den prinziplosen Spaltungen und der Verwirrung, zu denen diese führen müßten, entgegenzutreten suche. [16]

Daß aber eine solche den allgemeinen Rechtsbegriffen widerstreitende Spaltung des Eigenthums auch in Württemberg Eingang gefunden hat, ergibt sich aus Folgendem:

1) Es ist in Württemberg, sowohl in den Städten als auf dem Lande, etwas ganz Gewöhnliches, daß Häuser, welche im Eigenthum mehrerer Personen sich befinden, unter diesen nicht in vertikaler, sondern in horizontaler

[16] Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Leipziger Juristenfakultät Bd. I, S. 29.

Digitized by Google

Richtung, nach Stockwerken und willkührlich ausgeschiedenen einzelnen Gelassen, wie es das Bedürfniß mit sich bringt, getheilt sind und daß solchen Theilungen von den Betheiligten die Wirkung einer realen Theilung beigelegt wird.

Bei der Vornahme solcher Theilungen — mögen sie nun dadurch geschehen, daß die Miteigenthümer das bis dahin unabgetheilt besessene Haus räumlich unter sich abtheilen, oder daß der bisherige alleinige Eigenthümer bestimmte Wohnungsräume des Hauses an einen Dritten veräußert — ist die übereinstimmende Absicht der Kontrahenten gewöhnlich darauf gerichtet, daß die dem Antheil eines Jeden ausschließlich zugeschiedenen besondern Räume des Gebäudes im ausschließlichen Eigenthum desselben und nur gewisse zum gemeinschaftlichen Gebrauche dienende Bestandtheile des Gebäudes im gemeinschaftlichen Eigenthum sein sollen. Nach dem Sinne also, welchen die Kontrahenten mit solchen Theilungen zu verbinden pflegen, besteht der Hausantheil eines Jeden nicht im ideellen Antheil an dem Eigenthum des ganzen Hauses und im bloßen ausschließlichen Benützungsrechte an den ihm zugeschiedenen besondern Räumen, sondern im Sondereigenthum an diesen Räumen und im Miteigenthum nur an den einzelnen gemeinschaftlich gebliebenen Theilen des Gebäudes. Die so gebildeten Hausantheile werden, obwohl die physische Abgrenzung keine vollständige und durchgreifende ist, im Verkehre doch ebenso, wie die Antheile an einem vertikal abgetheilten Hause oder wie die abgegrenzten Parzellen eines nicht überbauten Grundstückes, als selbstständige für sich bestehende Sachen behandelt; sie werden als solche und so, wie sie bei der Theilung zusammengesetzt wurden, vererbt, verpfändet, veräußert und der dritte Erwerber denkt nicht daran, daß er durch die Erwerbung nur Miteigenthümer des Hauses zu einem ideellen Antheil werde und in eine Gemeinschaft trete, deren Fortdauer von dem Willen des andern Theilhabers abhängig sei, sondern er sieht es als

Digitized by Google

etwas Selbstverständliches an, daß er das Sondereigenthum an den zu dem betreffenden Antheil ausschließlich gehörigen Theilen des Hauses erwerbe, das ihm durch den Willen des Eigenthümers des andern Theiles nicht entzogen werden könne. Die auch durch die vorliegenden Fälle bestätigte Thatsache namentlich, daß die Hausantheile in ihrem ursprünglichen Bestande durch alle nachherigen Besitzveränderungen unverändert sich erhalten (wofern sie nicht etwa in weitere Antheile zerschlagen werden) läßt sich nur daraus erklären, daß die zu denselben gehörigen Räumlichkeiten als im Sondereigenthum des Inhabers befindlich angesehen werden. Denn wäre die Zuscheidung der einzelnen Räume nur eine Vereinbarung über die Benützung des gemeinschaftlichen Eigenthums, so würde dadurch (da ein dingliches Gebrauchsrecht des Miteigenthümers an der gemeinschaftlichen Sache nicht möglich ist) nur ein obligatorisches Verhältniß zwischen den ursprünglichen Kontrahenten begründet, an welches die Singularnachfolger nicht und auch die Kontrahenten und deren Erben nur so lange gebunden wären, als sie die Gemeinschaft fortbestehen lassen wollten.

Auch die Gemeinderäthe finden keinen Anstand, über solche auf Uebertragung eines Sondereigenthums gerichtete Verträge zu erkennen, und in den Güterbüchern werden bei so getheilten Gebäuden die Antheile eines Jeden unter genauer Beschreibung der ihm ausschließlich zugehörigen Räume eingetragen. Zwar sind häufig in den Kaufbriefen und in den Güterbüchern die betreffenden Hausantheile, neben der speziellen Angabe der dazu gehörigen einzelnen Theile des Hauses zugleich nach Quoten des Ganzen bezeichnet (z. B. in einem der vorliegenden Fälle der eine Hausantheil als „Antheil von praeter propter ein Drittheil von 19,6 Ruthen an einem Wohnhaus;" — in einem andern Falle jeder der beiden Hausantheile als „die Hälfte an 12,7 Ruthen, einem zweistockigen Wohnhaus, und an 11,8 Ruthen Scheuer;" — im dritten Falle der Antheil

Digitized by Google

des Klägers mit den Worten „5,9 Ruthen als $^2/_3$ Antheil an 8,9 Ruthen einem dreistockigen Wohnhaus," und der Antheil des Beklagten mit den Worten „3,0 Ruthen als der dritte Theil an 8,9 Ruthen einem dreistockigen Wohnhaus," — worauf sodann stets die Beschreibung der einzelnen Bestandtheile eines jeden Antheils folgt.) Allein die Bezeichnung nach Quoten soll hier nur dazu dienen, das quantitative Verhältniß des einen Hausantheils zu dem andern ungefähr zu bestimmen. [17]

Bei derartigen Theilungen von Häusern (wozu die zur Entscheidung vorliegenden Fälle ganz gleichartige Beispiele liefern) begegnet man also einem weit verbreiteten Rechtsverhältniß, welches in dem Sinne, wie es von den Betheiligten beabsichtigt und im Leben anerkannt ist, mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Widerspruch steht. An die Begründung superfiziarischer Rechte läßt sich in den gewöhnlichen Fällen, wo das Haus in rechtlich gleichartige Antheile zerlegt wird, nicht denken. Man hätte hier nicht einmal einen Anhaltspunkt dafür, wer als der Eigenthümer und wer als der Superfiziar anzusehen sei. Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze führt also entweder, wenn man sich streng an dasjenige hält, was die Kontrahenten wollten, zu dem Ergebnisse, daß die auf Uebertragung des Sondereigenthums gerichteten Veräußerungsverträge als auf etwas rechtlich Unmögliches gerichtet ungiltig seien, oder setzt man sich, wenn man sich an das rechtlich Mögliche hält und die Theilung nur auf das Benützungsrecht bezieht, in Widerspruch mit dem, was die Betheiligten wollten.

Diese Theilungen der Häuser hätten aber im Sinne realer Theilungen nicht in der Allgemeinheit üblich werden können, wie sie es von jeher gewesen sind, wenn nicht im Volke die Rechtsüberzeugung geherrscht hätte, daß sie recht-

[17] Vergl. unten Ziff. 4 und Hufnagel, Mittheilungen Bd. I, S. 285. Bd. II, S. 733.

Digitized by Google

lich möglich seien. In der Allgemeinheit der Sitte, die Häuser in einer dem Accessionsprinzip zuwiderlaufenden Weise zu theilen, liegt der Beweis, daß in Hinsicht der Frage von der Theilbarkeit der Häuser ein von jenem Prinzip abweichendes Gewohnheitsrecht besteht, welches als solches auch von den Gerichten anerkannt werden muß. Dieses Gewohnheitsrecht geht aber, wie es in der dargestellten Art und Weise, ein Haus in mehrere Antheile zu zerstückeln, sich kundgibt, nicht so weit, daß überhaupt das Eigenthum am Boden vom Eigenthum am Gebäude beliebig getrennt werden kann. Denn das durch die übliche Theilungsweise begründete Rechtsverhältniß ist so aufzufassen, daß der Boden, auf welchem das Haus errichtet ist, im gemeinschaftlichen Eigenthum ist,[18] daß also zu jedem Hausantheil ein dem Werthe der Sondertheile entsprechender ideeller Antheil am Boden gehört. Eine Trennung des Eigenthums am Boden vom Eigenthum am Gebäude findet also nur insofern statt, daß das Miteigenthum am Boden und ein Sondereigenthum des einzelnen Theilhabers an beliebig ausgeschiedenen Räumen des Hauses neben einander bestehen.

2) Die Voraussetzung, daß eine solche dem Accessionsprinzip widerstreitende Theilung der Häuser, mit der Wirkung einer reellen Theilung, rechtlich möglich sei, liegt auch verschiedenen Bestimmungen der älteren württembergischen Landesgesetzgebung, sowie der Auslegung und Anwendung, welche diese Bestimmungen erfahren haben, zu Grunde.

Hieher gehören:

a) Die Stelle der Landesordnung von 1621 Tit. 16, §. 4 (S. 35):[19]

---

[18] Vergl. auch Reyscher, württ. Privatrecht Bd. III, §. 747 Note 6.

[19] Dieselbe Bestimmung war wörtlich schon in der fünften Landesordnung von 1552 und in der sechsten Landesordnung von 1567 enthalten (Reyscher, Regierungsgesetze Bd. I, S. 217 und 344).

Digitized by Google

„Nachdem auch bis anher allerlei Unrichtigkeit und Zwietracht in Theilung der Erbfäll erfolgt, welches zu fürkommen, wöllen wir, daß unser Ober- und Unter-Amtleut, auch Burgermeister, Gericht und Rath jedes Orts in solchen Erbtheilungen die Häuser oder andere Güter, so nicht mit gutem Nutz, sondern Schaden getrennt werden müssen, solche Zertrennung nicht zulassen, sondern sonst nach billigen Dingen und ihrem gut Ansehen nutzbarliche Vergleichung suchen, dem auch die Erben Folg und Vollziehung zu thun schuldig sein sollen."

b) Das Generalreskript vom 4. März 1735: [20]

„Nachdem Wir einige Zeit hero mißliebigst wahrnehmen müssen, welchermaßen Unsern ernstlichst erlassenen und öffters widerhohlten hochfürstlichen Verbotten entgegen allerlei Unrichtigkeit und Zwitracht bei Erb- und andern Fällen in Abtheilung gemeinschaftlich habender Güther erfolgen, und zwar mehreren theils dahero, weilen ihr in Zertheilung dergleichen Häußer und Güther gar zu facil seyd; Alß wollen wir solchem Uebel vorzukommen, hiemit Unsere gnädige Verordnung nochmahlen dahin erneurt haben, daß Ihr in dergleichen vorkommenden Fällen die Häußer, oder andere liegende Güther, so nicht mit besonderem guten Nutzen, auff der Interessenten allseitiges Begehren, und ohne daß dem Hauß oder Guth einiger Schaden oder neues onus zuwachse, zertrennt werden müssen, dergleichen Zertrennung durchauß nicht gestatten, sondern solche entweder käuflich parti plus licitanti gäntzlich zusprechen oder sonsten nach billigen Dingen, oder Eurem gut Ansehen, anderwärttig nützliche Vergleichung unter den Parthien suchen, auch die würklich zertrennte soviel möglich wieder unter einen Besitzer zu bringen trach-

[20] Reyscher, Gerichtsgesetze Bd. III, S. 404.

Digitized by Google

ten sollet, zu dessen Erfolg alsdann ihr die partes litigantes ernstlich anzuhalten habt." [21]

c) Die Stelle des Landrechtes Theil II, Tit. 16 (Titel „von Losungen") §. 6: [22]

„Demnach auch in Vnserer Landsordnung fol. 35 statuirt, daß in Erbtheilungen die Zertrennung der Häuser vnd anderer Güter, so mit Schaden zertrennt würden, nicht zuzulassen, Vnd doch je bißweilen solche Nothalber vertheilt werden müssen, ist Vnser Will vnd Meinung, daß, wa solches nothwendiges vertheilen geschehen vnd folgends ein Theil solcher Häußer vnd Güter (die nicht füglich abzusondern) wider verkauft werden, alsdann die Innhabere der vbrigen Theil (damit selbige widerumb zusamengebracht werden mögen) die Losung haben sollen."

In diesen Gesetzesstellen werden die Häuser, ebenso wie andere Grundstücke als an sich theilbare Gegenstände behandelt, während sie nach römischem Rechte, im Gegensatz zu andern Grundstücken, wenigstens der Regel nach in die Kategorie der untheilbaren Sachen gehören. [23] Es wird

[21] Zu den Stellen lit. a u. b im Texte ist auch zu vergleichen die Verfügung des Justizministeriums vom 4. Juni 1852, betreff. die Zerstücklung der Güter aus Veranlassung von Erbschaftstheilungen (Reg.Bl. S. 147): „Man hat die Wahrnehmung gemacht, daß bei Erbschaftstheilungen und Vermögensübergaben die zur Masse gehörigen einzelnen Grundstücke zuweilen ohne alle Rücksicht auf den für sich schon unbedeutenden Umfang derselben wieder in mehrere Stücke vertheilt und so den einzelnen Erben zugewiesen worden. Da aus einem solchen, schon durch die Landesordnung von 1621 Tit. 16 §. 4 und durch das Generalreskript vom 4. März 1735 mißbilligten Verfahren in mehrfacher Beziehung Mißstände sich ergeben, so werden die Theilungsbehörden erinnert, bei den unter ihrer Leitung zu erledigenden Rechtsgeschäften derartigen Güterzerstücklungen nach Kräften entgegen zu wirken."

[22] Die Stelle findet sich erstmals im dritten Landrechte; die Landrechtsakten enthalten nichts hieher Gehöriges.

[23] Siehe besonders Savigny, Obligationenrecht Bd. I, S. 307 Note c, S. 315 Note k, S. 317.

Digitized by Google

davon ausgegangen, daß die reelle Theilung auch der Häuser etwas an sich rechtlich Mögliches sei, und es will nur wegen der gewöhnlich damit verbundenen Nachtheile theils künftigen Zertrennungen entgegen gewirkt, theils die Wiedervereinigung der bereits getrennten Theile befördert werden.

Insbesondere hat die durch das Landrecht eingeführte Theillosung nach den klaren Worten des Gesetzes zu ihrer wesentlichen Voraussetzung, daß eine reelle Theilung stattgefunden hat, und es war entschieden unrichtig, wenn Griesinger,[24] abweichend von den übrigen Schriftstellern, dieses Losungsrecht nach bloßer Analogie auch dann stattfinden lassen wollte, wenn im Falle einer communio pro indiviso der eine Miteigenthümer seinen ideellen Antheil (an dem ungetheilten Hause oder Grundstück) veräußerte.[25]

---

[24] Kommentar Bd. III, S. 774 Note h, S. 780—782.

[25] Wächter, württ. Privatrecht Bd. I, S. 526, 527, insbes. Note 32; Weishaar, württemb. Privatrecht (2. Ausg.) Bd. III, §. 1175—1186; Grass (Klotz), dissertatio de retractu partiali (Tubing. 1712) §. 3, 12, 16—19. Es wird im deutschen Privatrecht unterschieden:

1) Das Losungsrecht aus dem Miteigenthum (retractus ex jure condominii, Ganerbenrecht), welches im Falle einer communio pro indiviso dem Miteigenthümer zusteht, wenn der andere Miteigenthümer seinen intellektuellen Antheil an der Sache veräußert.

2) Die Theillosung (retractus ex jure condominii, Gespilderecht), welche eine vorausgegangene reelle Theilung voraussetzt und dem Eigenthümer des einen Stückes der getheilten Sache zusteht, wenn der Eigenthümer eines andern Stückes dasselbe veräußert. Vergl. die Handbücher des deutschen Privatrechtes von Gerber §. 177, Walter S. 441, Mittermaier (6. Ausg.) Bd. II, S. 36, Eichhorn, §. 105, Beseler Bd. II, S. 328, Maurenbrecher (2. Ausg.) Bd. I, S. 686, Bluntschli (2. Ausg.) S. 342; Walch, das Näherrecht (1766) S. 277, 320 ff. — Auch Gerber a. a. O. Note 7 und Beseler a. a. O. Note 15 führen die Stelle des württemb. Landrechtes als Beispiel der Theillosung an.

Digitized by Google

Nun sprechen sich zwar die angeführten Gesetzesstellen nicht darüber aus, wie die Theilung eines Hauses beschaffen sein müsse, um als reale Theilung zu gelten. Allein da eine vertikale Scheidung der Häuser nur in verhältnißmäßig seltenen Fällen ausführbar, die Theilung der Häuser nach Stockwerken oder sonstigen beliebigen einzelnen Räumen aber die in der Regel dem Bedürfniß entsprechende ist und darum von jeher die gewöhnliche Theilungsweise war, auch von Theilungen der letzteren Art vorzugsweise gilt, daß die Zertrennung „nicht füglich" — „nicht mit gutem Nutzen" — nur „mit Schaden" geschehen könne, so ist unzweifelhaft, daß es hauptsächlich solche Theilungen der Häuser sind, welche jene Gesetzesstellen im Auge hatten.

Hierüber sind auch die württembergischen Schriftsteller, welche die landrechtliche Theillosung eingehender behandeln, vollkommen einig, indem sie gerade diejenigen Fälle, wo Häuser in solcher Weise getheilt sind, als diejenigen hervorheben, auf welche die Theillosung vorzugsweise praktische Anwendung finde.

So sagt Graß:[26] Die divisio incommoda eines Hauses, wie sie das Landrecht zur Theilung voraussetze, könne entstehen ex ipsi dividendi modo, quando partes unicuique assignari debuerunt per contignationes alternas, ex quibus utrique subtus immediate suam partem tenenti, ex. gr. si alteri cella, alteri prima, alteri media aut suprema contignatio assignata fuerit, variae creari possunt molestiae, maxime si illarum possessores inquiete et inordinate vitam suam agere consuevere tumultibus undique vacantes.

Ebenso ist nach Griesinger[27] der Fall der unbequemen Theilung eines Hauses vorzugsweise dann vorhanden, wenn man einem Eigenthümer den obern, dem andern den unteren Stock anweist, indem dann der Besitzer

[26] in der angeführten Dissertation S. 31 §. 19.

[27] Kommentar Bd. III, p. 777, vergl. S. 783, 787, 789.

Digitized by Google

des unteren Stockes den Nachtheil habe, daß er sich über seinem Kopf herumpoltern und tanzen lassen müsse, wenn es dem Besitzer des oberen Theiles beliebe.

Derselben Ansicht sind Weishaar[28] und Schwarz (Stadtschreibereisubstitut),[29] sowie die Annotationes ad jus prov. Wurttemb.,[30] indem sie sich in Hinsicht der Frage, inwiefern die divisio incommoda sei, auf Graß beziehen.

Das Landrecht fordert zwar zur Begründung des Losungsrechtes, daß die unbequeme Theilung „Noth halber" geschehen sei. Allein hiemit ist nur für das Losungsrecht ein weiteres Requisit gesetzt, welches zu dem Requisite der unbequemen Theilung hinzukommen muß. Wenn also das Landrecht, wie unzweifelhaft ist, unter der unbequemen Theilung eines Hauses vorzugsweise die Theilung nach Stockwerken ꝛc. versteht, so folgt, daß das Gesetz solche Theilungen überhaupt, ohne Unterschied ob sie aus Noth oder freiwillig vorgenommen wurden, als reale Theilungen ansieht, und nur das Losungsrecht ist an die weitere Voraussetzung geknüpft, daß die Theilung aus Noth geschehen sei. Den Grund dieser Beschränkung des Losungsrechtes findet auch Weishaar[31] nur darin, daß bei der freiwilligen Theilung, so schädlich sie auch sein möge, jeder Kontrahent zu der Theilung und allen daraus entstehenden Unbequemlichkeiten seine Einwilligung gegeben habe und daher die Folgen seiner Handlung sich gefallen lassen müsse.

Das Institut der Theillosung besteht nun zwar seit dem Jahre 1815 nicht mehr.[32] Allein die dieses Losungs-

---

[28] württ. Privatrecht §. 1179, 1180, vergl. §. 1185.

[29] Abhandlung über die Lehre von Losungen nach württemb. Grundsätzen (Tübingen 1786) §. 30.

[30] (Landrecht II, 16) Nr. 66 a. E. und Nr. 77.

[31] a. a. O. §. 1183.

[32] Die von Weishaar in der 2. Ausgabe seines Handbuches Bd. III, §. 1175—1186 vorgetragene Lehre von der Theillosung ist daher in die dritte Ausgabe nicht aufgenommen.

Digitized by Google

recht betreffende Landrechtsstelle und die Art und Weise, wie sie zur Zeit ihrer Geltung ausgelegt und angewendet wurde, haben ihre Bedeutung für die Frage von der Theilbarkeit der Häuser durch die Aufhebung der Theillosung nicht verloren.

Eine weitere hieher gehörige Gesetzesstelle ist

d) der Titel der Bauordnung von 1655 S. 30 „Wie gemeine Häuser und Scheuren unter einem Dach sollen gebauen werden," welcher lautet:

„Wo Häuser oder Scheuren, so gleichfalls unter einem Dach, aber doch unter mehrerlei Händ zertrennt sein, bewohnt und gebraucht werden, die in Abgang kommen und der ein Theil wollte der Nothdurft nach vom Grund auf oder mit Auswechslung eines Stockes oder was anders schließends daran und

---

Wächter berührt die Lehre von der Theillosung im geschichtlichen Theile seines Handbuches Bd. I, S. 526, 527, ohne jedoch hier auf unsere Frage einzugehen. Im dogmatischen Theile Bd. II, §. 43 trägt er in Hinsicht der Frage, wie ein Haus real getheilt werden könne, die gemeinrechtlichen Grundsätze vor, ohne eine dießfällige Abweichung des württemb. Rechtes zu erwähnen (S. 247 Note 6, S. 276 Note 10; vergl. auch S. 244). Auf die Stelle der Landesordnung und auf das Generalreskript von 1735 verweist er nur als Beleg dafür, daß die Theilung von Sachen in einigen Fällen erschwert sei und nach Umständen verhindert werden könne, und fügt bei, daß die Theillosung des älteren Rechtes, welche in den letzteren Fällen die Wiedervereinigung der getheilten Sachen begünstigen sollte, nicht mehr gelte (S. 279 Note 16, 17).

Auch Reyscher trägt in seinem Privatrecht Bd. I, §. 227, wo er von theilbaren und untheilbaren Sachen im Allgemeinen spricht, nur Gemeinrechtliches vor und erwähnt sodann in §. 231 Note 4 der rechtspolizeilichen Beschränkung der Landesordnung und des Generalreskriptes von 1735 (vergl. auch Bd. III, §. 708 Note 2). In Bd. III, §. 747 Note 6 aber bemerkt er, unter Anführung von Hufnagel, Mitth. Bd. I, S. 281 ff.: „auch getheilte Wohnung schließe das Miteigenthum am Hause nicht aus, indem doch in der Regel gewisse Haustheile, namentlich die Baustätte, das Dach, die Treppe, Aus- und Eingänge und die Fundamente gemeinschaftlich bleiben."

Digitized by Google

darin bauen und bessern und der ander nicht, so solle alsdann in der Stadt Vogt, Burgermeister, Gericht samt dem Untergang und geschworenen Baubeschauern, und in Dörfern Schultheiß, Heimbürgen, Gericht und Untergang auf den zuvor eingenommenen Augenschein des Begehrenden, auch gemeinen Nutzens und jeder Stadt und Fleckens Gelegenheit, Nothdurft und Wohlstand nach, Bescheid, Maaß und Entschied, als ziemlich und gebührlich ist, geben, wie dem Begehrenden der oder die Andern sollen helfen bauen, damit dennoch Niemand unbillig übereilt und gefahret werde: bei solchem gegebenen Bescheid und Entscheid es auch wirklich und unverweigerlich bleiben solle."

Dieser Titel handelt (während im vorhergehenden Titel von gemeinschaftlichen Bauplätzen die Rede war) von gemeinschaftlichen Gebäuden, und zwar, wie aus den Worten „unter mehrerlei Händ zertrennt" sich ergibt, speziell von dem Falle, wenn das Haus oder die Scheuer von den mehreren Theilhabern nach räumlich ausgeschiedenen Theilen besessen wird; und es ist auch hier anzunehmen, daß das Gesetz nicht blos den Fall der vertikalen Scheidung, sondern vorzugsweise die gewöhnlichen Fälle, wo die Räume in anderer willkührlicher Weise abgetheilt sind, vor Augen hatte. Nun gibt zwar der dispositive Inhalt des Titels keine nähere Anhaltspunkte für die rechtliche Beurtheilung des Verhältnisses, indem nur gesagt ist, daß Demjenigen, der bauen will, die Ausführung des Bauwesens in der den Verhältnissen des Falles angemessenen Weise gestattet und die Beitragspflicht der anderen Theilhaber nach dem billigen Ermessen des Gerichtes festgestellt werden soll. Allein in den Worten „unter mehrerlei Händ zertrennt" liegt immerhin eine Andeutung dafür, daß das Gesetz das Rechtsverhältniß, auf welches es sich bezieht, der Hauptsache nach als eine communio pro diviso aufgefaßt hat. [33]

[33] Der angeführte Titel der Bauordnung gab bei der Bear-

Digitized by Google

Außer den angeführten Gesetzesstellen ist noch zu erwähnen

c) die Stelle des Landrechtes Thl. II, Tit. 9 §. 10: „Gleichergestalt sollen auch ohne unser oder unsrer Amtleut und Gericht Vorwissen und Erkenntniß keine Keller, Kornschüttin, Ställ, Gärten, Hofraitin oder andere Zugehörden, die von Alter hero bei den Häusern gewesen, darvon verkauft, vertauscht oder sonsten verändert, noch auch die Häuser oder andere liegende Güter mit neuen Dienstbarkeiten und Zinsen beschwert, viel weniger einig Gut um ewigen unablöslichen Bodenzins oder Landgarben hingegeben, noch verkauft werden, bei Straf 10 fl. und darneben derselb Kontrakt oder Handlung nichtig und von Ohnwürden sein solle.“ [34]

---

beitung des Entwurfes einer neuen Bauordnung Veranlassung zu der Erwägung, ob nicht Anhaltspunkte für die rechtliche Beurtheilung des Verhältnisses und für die daraus sich ergebende Vertheilung der Baulast in den Entwurf aufgenommen werden sollten, wie dieß z. B. im hessischen und bayerischen Entwurf geschehen ist. Da jedoch die gesetzliche Regelung dieses Verhältnisses nicht eigentlich in das Gebiet des Nachbarrechtes gehört, also nicht unmittelbar in den Kreis der Aufgabe des Gesetzesentwurfes fiel, so hat der Entwurf davon Umgang genommen und sich dafür entschieden, den bei der Unbestimmtheit seines dispositiven Inhalts entbehrlichen Titel der Bauordnung, von welchem auch in den Handbüchern von Weishaar und Reyscher keine Notiz genommen ist, einfach zu beseitigen (vergl. die Motive zu dem Entwurfe einer neuen Bauordnung S. 71, 72 Ziff. VI).

[34] Im zweiten Landrecht von 1567 war die Fassung: „Item nachdem Wir erfahren und erfunden, daß etlich ihre Keller, Kornschüttin, Ställ, Gärten, Hofraitin oder andere Zugehörden, die von Alter her bei ihren Häusern gewesen sind, davon verkaufen und verändern, dadurch nachgehends die Hausgesetz in Abgang kommen und zu Nichten werden, haben Wir gesetzt und geordnet, daß Unsre Burger, Einwohner ꝛc. die eingeschlossenen, angehenkten, angefaßten, billichen Zugehörden der Häuser, wie die zum Theil obbenennt sind, und was dem Haus angeheft oder eingeleibt ist, nit verkaufen noch hingeben“ (Reyscher, Gerichtsgesetze Bd. I, S. 300).

Allein diese Stelle handelt nur von Zugehörungen, welche von Alters her bei den Häusern gewesen und sie ist auch stets nur so verstanden worden, daß solche Zugehörungen nicht ohne gerichtliche Zustimmung von der Hauptsache wegveräußert werden können.[35] Wenn daher als solche Zugehörungen neben Gärten und Hofraiten auch Keller, Kornschüttin und Ställe im Gesetze genannt sind, so folgt daraus nicht, daß auch in dieser Gesetzesstelle die Möglichkeit eines abgesonderten Eigenthums an einzelnen Räumen eines Hauses anerkannt sei; vielmehr ist hier von Kellern, Kornschütten und Ställen nur insofern die Rede, als dieselben nach ihrer Lage nicht als Theile des Hauses, sondern als dessen Pertinenzen zu betrachten sind.[36] Würde die Stelle auch auf den Fall der Theilung des Hauses selbst zu beziehen sein, so würde andererseits daraus folgen, daß auch die Theilung eines Hauses an die gerichtliche Zustimmung gebunden sei, was aber niemals angenommen worden ist. Die angeführte Landrechtsstelle ist daher für die Beurtheilung der vorliegenden Rechtsfrage überhaupt nicht maßgebend.

3) Für die heutige Anwendbarkeit des römischen Rechtes auf das vorliegende Rechtsverhältniß ist in der oben angeführten Entscheidung des Obertribunals vom 4. Juni 1864 besonders darauf Gewicht gelegt, daß das Prinzip

---

[35] Wächter, württ. Privatrecht Bd. II, S. 248, 252 Note 13—15, S. 279 Note 16; Weishaar, württ. Privatrecht (3. Ausgabe) Bd. III, §. 1074; Reyscher, württemb. Privatrecht Bd. I, §. 229 Note 5.

[36] Von dem Unterschiede zwischen Theilen und Pertinenzen einer Sache handelt besonders Wächter, württ. Privatrecht Bd. II, §. 40, 41 und Erörterungen Heft I, S. 36—41. Was namentlich die Keller betrifft, so sind auch in dem den Ständen vorgelegten Entwurfe eines Gesetzes, betreffend die Besteuerung des Grundeigenthums ꝛc. Art. 1 Ziff. 3 „die nicht unter einem Gebäude befindlichen, sondern für sich bestehenden Keller" ausdrücklich genannt. Auch Griesinger, Komm. Bd. III, S. 779 Note 3 spricht von abgesondert stehenden Kellern.

Digitized by Google

des rechtlichen Zusammenhangs zwischen Boden und Gebäude auch in unserer Pfandgesetzgebung ausdrücklich anerkannt sei.

Nach Art. 49 Ziff. 2 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 begreift nämlich das Unterpfandsrecht in sich den Zuwachs der Hauptsache von Zeit der geschehenen Verpfändung an. Daher könne, sagt der §. 149 der Hauptinstruktion vom 14. Dezember 1825, das auf dem früher verpfändeten Grundstücke späterhin erbaute Haus, ohne Entsagung des Pfandgläubigers, nicht als frei verpfändet werden, und es könne der spätere Gläubiger nur eine Nachversicherung erlangen, welche jedoch demselben, wenn der erste Pfandgläubiger schon durch das Grundstück hinreichend gesichert sei, dem Erfolg nach volle Sicherheit gewähren möge. Eben dieses finde statt, wenn ein bereits verpfändetes Gebäude durch neue Baulichkeiten erweitert worden, wogegen die Errichtung eines abgesonderten Wirthschaftsgebäudes keinen Zuwachs des auf dem Hause bereits haftenden Unterpfandes begründe.

In Uebereinstimmung hiemit ist im §. 140 der Hauptinstruktion bemerkt: Wenn während der Ehe auf einem von der Frau beigebrachten Grundstücke ein Haus erbaut werde, so sei das letztere, wenn gleich dem ersten Anschein nach zur Errungenschaft gehörig, in der Regel als ausschließendes Eigenthum der Ehefrau zu betrachten, und es sei dieselbe nur verbunden, dem Ehemann seinen Antheil an den Baukosten zu erstatten.

Ferner gehört hieher die Bestimmung des Art. 125 des Pfandgesetzes:

Daß die Umwandlung oder die neue Gestaltung der verpfändeten Sache hinsichtlich des Unterpfandsrechtes keine Veränderung bewirke, daß das Unterpfandsrecht wieder auflebe, wenn die Sache, welche zu Grunde gegangen, wieder hergestellt worden sei, und daß daher bei Abbrennung eines Gebäudes das Unterpfandsrecht auf das neu aufgeführte Gebäude übergehe;

Digitized by Google

zu welchem Artikel der §. 150 der Hauptinstruktion bemerkt: daß die Umwandlung einer Scheune in ein Wohnhaus, eines Ackers in einen Garten, sowie die Wiederaufbauung eines eingerissenen oder abgebrannten Gebäudes hinsichtlich des Unterpfandsrechtes keine Veränderung bewirken könne.[37]

Aus diesen Stellen ergibt sich, daß auch unsere Pfandgesetzgebung, in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte, das Gebäude als Zuwachs des Bodens behandelt,[38] und es ist hienach richtig, daß auch vom Standpunkte der württembergischen Gesetzgebung aus die Rechtskonsequenz zu dem Satze führen würde, daß ein Gebäude nicht anders als in vertikaler Richtung getheilt werden könne. Allein diese Konsequenz des Accessionsprinzips hat die Pfandgesetzgebung nicht vollzogen; sie hat das Prinzip nur soweit angewendet, als es schon bisher in Württemberg zur Geltung gelangt war, und sie hat den schon damals im Widerspruch mit dem Prinzip bestandenen besonderen Rechtssatz, daß ein Gebäude auch anders als vertikal getheilt werden könne, unberührt gelassen.

Uebrigens ist hier noch auf den §. 106 der Hauptinstruktion aufmerksam zu machen. Nach Art. 9 des Pfandgesetzes geht, wenn eine Mehreren gemeinschaftlich und ungetheilt zustehende Sache von einem der Theilhaber für seinen Antheil verpfändet worden ist und nun eine Theilung vorgenommen und dabei der Pfandgläubiger nicht befriedigt wird, das Pfandrecht auf den dem Schuldner zugefallenen abgesonderten Antheil ausschließend über, und nur, wenn dieser einen geringeren Werth haben sollte, als der verpfändete unabgesonderte Theil, kann der Pfand-

---

[37] Vergl. Art. 26 des Pfandentwicklungsgesetzes vom 21. Mai 1828 und auch Art. 34—37 des Gesetzes v. 14. März 1853, betr. die veränderte Einrichtung der allgem. Brandversicherungsanstalt (Reg.-Bl. S. 89.)

[38] Vergl. Wächter, württemb. Privatrecht Bd. II, S. 244, Note 4 und Erörterungen Heft I, S. 41.

Digitized by Google

gläubiger sich rücksichtlich des Abmangels an die übrigen Theile halten.

Hiezu bemerkt der §. 106 der Hauptinstruktion: „Verliert ein Gut, namentlich ein Gebäude, durch die Vertheilung überhaupt an seinem innern Werth, so wird dadurch kein Anspruch des Pfandgläubigers auf die übrigen Theile begründet, vorausgesetzt, daß der dem Verpfänder zugefallene Antheil verhältnißmäßig keinen geringeren Werth habe, als die anderen Theile."

Es darf auch hier vorausgesetzt werden, daß die Hauptinstruktion, indem sie unter den Fällen, wo die Vertheilung eine Verminderung des inneren Werthes der Sache zur Folge hat, den Fall einer Vertheilung des Gebäudes namentlich hervorhebt, überhaupt an die Haustheilungen, wie sie bei uns gewöhnlich vorkommen, gedacht und dieselben ohne Unterschied, ob sie in vertikaler Richtung oder anders geschehen, als reelle Theilungen betrachtet hat.

Auch Seeger[39] führt zum Art. 9 des Pfandgesetzes als Beispiel des getheilten Eigenthums den Fall an, wenn der Eine die linke, der Andere die rechte Hälfte, oder der Eine den obern, der Andere den untern Stock eines Hauses habe, (hier könne der Eigenthümer eines Theiles die Verpfändung desselben ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen und mit den gewöhnlichen Folgen vornehmen) und als Beispiel des eigentlichen condominium den Fall, wenn ein Haus ohne wirkliche Abtheilung oder Absonderung unter A und B so getheilt sei, daß A zu $^1/_3$, B zu $^2/_3$ Eigenthümer daran sei; und es ist bemerkenswerth, daß Bolley[40] auf Dasjenige, was Seeger a. a. O. über die verschiedenen Arten des Miteigenthums bemerkt, einfach verweist, wie er denn auch an einer andern Stelle seines Kommentars[41] (zu

[39] Erläuterung des Pfandgesetzes Thl. I, S. 79.

[40] im Kommentar zum Pfandgesetz Bd. I, S. 88.

[41] Bd. I, S. 231.

Digitized by Google

Art. 49 Ziff. 2 des Pfandgesetzes) es als etwas ganz Selbstverständliches anführt, daß es alle Tage geschehe, daß Theile eines Gebäudes besonders verpfändet werden.[42]

4) Die herrschende Ansicht, daß der im Lande üblichen Theilung der Gebäude die Wirkung einer realen Theilung zukomme, hat auch in den Vorschriften ihren Ausdruck gefunden, welche darüber gegeben wurden, wie die getheilten Gebäude bei der Aufnahme in die Brandversicherungsanstalt, sowie im Gebäude- und Primärkataster behandelt werden sollen.

Nach der Brandschadensversicherungsordnung vom 17. Dezember 1807 §. 3 Abs. 3 und §. 13 Abs. 8[43] soll, wenn an einem Gebäude mehrere Eigenthümer Theil haben, der Antheil eines Jeden besonders angeschlagen werden und in der Verfügung des Ministeriums des Innern vom 2. Dezember 1830, betr. das Verfahren bei der Aufnahme eines Gebäudes in die allgemeine Brandversicherungsanstalt Ziff. 12[44] ist jene Vorschrift dahin näher bestimmt, daß bei Gebäuden, die in getheiltem Eigenthum Mehrerer stehen, jeder abgesonderte Antheil einer selbstständigen Schätzung zu unterwerfen sei. Ferner ist in der Gebäudekataster-Instruktion vom 24. Septbr. 1821 §. 15 Ziff. 2[45] und gleichförmig in der Primär-Kataster-Instruktion vom 25. Juli 1830 §. 26 Ziff. 2—4[46] vorgeschrieben, daß, wo das Eigenthum eines Gebäudes unter Mehrere vertheilt sei, Alle, welche Theil daran haben, in der Tabelle angemerkt werden, und zwar soll,

---

[42] Außer den angeführten Stellen enthält die Pfandgesetzgebung nichts für die vorliegende Frage Erhebliches, insbesondere auch nicht der Art. 184 des Pfandgesetzes und die §§. 167 u. 168 der Hauptinstruktion, welche von der Schätzung der Gebäude handeln.

[43] Reyscher, Regierungsgesetze Bd. IV, S. 167 ff.

[44] Reg.-Bl. v. 1830, S. 534.

[45] Reyscher, Finanzgesetze Thl. II, Abth. 2, S. 1307.

[46] Reyscher, a. a. O. S. 1700.

Digitized by Google

wo der Antheil eines Jeden nach Quoten schon zum Voraus durch Kaufbriefe oder eigene Angaben der Besitzer bestimmt ist, bei jedem dieser Besitzer auch die Quote sogleich eingetragen werden; wo aber jenes nicht der Fall ist und die Theilhaber sich nur nach bestimmten Parzellen abgetheilt haben, dürfen bloß die verschiedenen Besitzer aufgezählt werden, und ist die Ausmittelung, den wie vielten Theil vom ganzen Gebäude jeder Miteigenthümer inne habe, dem künftigen Steuersatz vorzubehalten.

Die Verfügung der Ministerien der Justiz und des Innern vom 3. Dezember 1832, betr. die Anlegung und Führung der Gemeindegüterbücher, unterscheidet in dem hieher gehörigen §. 26 [47] nicht zwischen Gebäuden und andern Grundstücken, sondern gibt die sowohl für Gebäude als für andere Grundstücke geltende Vorschrift, daß, wenn ein Grundstück im Eigenthum mehrerer Personen sich befinde, bei jeder von diesen, wenn dasselbe ungetheilt sei, ihr quotativer, wenn aber dasselbe getheilt sei, ihr ausgeschiedener Antheil genau zu bemerken sei; und auf dieser Vorschrift beruht es, daß auch bei Gebäuden, welche getheilt sind, die zu jedem Antheil gehörigen einzelnen Bestandtheile des Hauses in dem Güterbuch beschrieben werden (vergl. oben Ziff. 1).

III. Ist der vorstehenden Ausführung zufolge der Theilung des im Streite befangenen Hauses, obgleich sie in einer den Begriffen des römischen Rechtes widerstreitenden Weise vorgenommen wurde, nach den in Württemberg geltenden Grundsätzen die Wirkung einer Eigenthumstheilung beizulegen, so fehlt es der erhobenen Theilungsklage an der zu ihrer Begründung nothwendigen Voraussetzung, daß das Objekt, dessen Theilung (durch Verkauf und Vertheilung des Erlöses) verlangt wird, im ungetheilten gemeinschaftlichen Eigenthum sei.

Zwar wollen mehrere der oben angeführten württem-

---

[47] Reg.-Blatt v. 1832, S. 481.

Digitized by Google

bergischen Schriftsteller im Falle einer vorausgegangenen unbequemen Theilung, wie sie zur Theillosung vorausgesetzt wird, die Theilungsklage nicht unbedingt ausschließen. So bemerkt Graß,[48] die landrechtliche Theillosung finde unter allen Umständen erst statt, wenn der eine Theilhaber des Hauses seinen Theil verkaufe; dagegen: „inter condominos tempore antecedaneae necessariae illius divisionis suam partem pro diviso possidentes quotidie magis magisque excrescentibus odiis, jura nostra communia jam diu ante receptionem aut introductionem retractus partialis prospexerunt indulgendo actiones illas divisorias familiae erciscundae et communi dividundo, in quibus . . judex facultatem habet sibi concreditam pro re nata eam rem totam adjudicandi, quod proprium est judiciorum divisoriorum . . vi cujus, se jungia et odia ista aliter complacari non posse dispicit, officio ejus incumbit, ut alterutri etiam invito injungat partem suam alteri cedere et pro ea aestimationem . . recipere etc. (cit. l. 34 §. 2 Cod. de donat, welche Stelle, obgleich sie nur von einem fundus donatus spreche, doch Anwendung finde auf res titulo hereditatis vel alio communes) et si de pretio convenire nequeant, tandem procedatur ad licitationem."

Hiezu wird von Graß S. 14 eine Entscheidung des Hofgerichtes vom Jahre 1663 (egregium praejudicium illustris, quod hic est, appellat. dicasterii summi) in einer Schorndorfer Sache angeführt, des Inhalts:

„daß, wenn ein Haus vertheilt und also partes discretae oder separatae gemacht worden, jedennoch aber die condomini in großer Zwistigkeit leben, so daß Mord, Todtschlag oder andere Weiterung unter ihnen zu befahren, es dergestalt zu entscheiden, quod tunc is, qui majorem domus partem habet, minorem justa aestimatione ad se trahere possit, quia 1) invitus quis vendere cogi

[48] A. a. O. §. 9, p. 13.

potest, si utilitas reipublicae (cujus interest lites sopiri et turbas praevertere) subsit, 2) arg. l. 34 §. 2 Cod. de donat., und habe der, welcher den größten Theil besitzt, zwar keine förmliche Theillosung (quia alienatio nova nulla facta), sondern eine Auslosung ꝛc." (Es sei daher, bemerkt Graß, zu unterscheiden zwischen einer Auslosung, reluitio aut redemtio partis per divisionem separatae jure communi jam fundata, und einer Theillosung, retractus partis per divisionem a toto segregatae nunc insuper in tertium alienatae, jure statutario aut moribus noviter inductus).

Unter Berufung auf Graß haben sodann auch Griesinger,[49] Weishaar,[50] Schwarz[51] und Erhard[52] den Satz aufgenommen, daß gefährliche Zwistigkeiten unter den Theilhabern des getheilten Hauses auch ohne Veräußerungsfall (für welchen die Theillosung gegeben ist) die Wirkung haben könne, daß der Eine den Antheil des Andern auslösen dürfe. Und zwar wird dieser Satz nicht bloß für den Fall der Theilung eines Hauses nach Stockwerken ꝛc., sondern allgemein für die Fälle einer unbequemen Theilung überhaupt aufgestellt, also auch für den Fall der senkrechten Theilung eines Hauses, wenn eine solche Theilung wegen der in Hinsicht einzelner Bestandtheile übrig bleibenden Gemeinschaft unter den Begriff der unbequemen Theilung fällt.[53]

Allein wenn die Theilung eines Hauses die Wirkung hat, daß die einem jeden Theilhaber ausschließlich zugeschiedenen Räume in dessen Sondereigenthum sich befinden und daß nur gewisse allen Theilhabern zugleich dienende

---

[49] Kommentar Bd. III, S. 782.

[50] Württ. Privatrecht, 2. Aufl., §. 1182 Anmerkung.

[51] Abhandlung ꝛc. §. 30.

[52] Die württembergischen Losungen und Reluizion (Hall 1791) §. 152.

[53] Vergl. Griesinger a. a. O. S. 777 ff.; Weishaar a. a. O. §. 1179, 1180.

Digitized by Google

Bestandtheile des Hauses gemeinschaftlich sind, so ist nicht das Haus als Ganzes, sondern es sind nur diese einzelnen Bestandtheile des Hauses Gegenstand einer Gemeinschaft. Ist aber das Haus als Ganzes nicht Gegenstand einer Gemeinschaft, so kann dasselbe als solches auch nicht Gegenstand einer Theilungsklage sein. Als Gegenstand einer Theilungsklage könnten zunächst nur diejenigen einzelnen Bestandtheile des Hauses gedacht werden, welche den Gegenstand der Gemeinschaft bilden und auch in Hinsicht dieser Bestandtheile ist die Theilungsklage unstatthaft, insofern sie von der Art sind, daß sie ihrer Natur und Bestimmung nach eine weitere natürliche Theilung nicht zulassen. Denn das Recht, die Aufhebung einer Gemeinschaft zu verlangen, geht nach einem schon im römischen Rechte — l. 19 §. 1 D. comm. div. (10, 3) — anerkannten Grundsatz nicht so weit, daß es auch da ausgeübt werden könnte, wo die, Mehreren gemeinschaftliche, Sache nur einen Bestandtheil oder eine Zugehörung einer im Uebrigen unter jenen real abgetheilten Sache bildet, und die Fortdauer der Gemeinschaft für die Eigenthümer der realen Theile nothwendig ist.[54]

Wenn dieser Rechtssatz bei der senkrechten Theilung eines Hauses in Hinsicht derjenigen Bestandtheile des Hauses, welche bei dieser Theilung gemeinschaftlich geblieben sind, Anwendung findet, so muß er ebenso auch bei der Theilung eines Hauses nach Stockwerken oder nach sonst beliebig ausgeschiedenen Räumen zur Anwendung kommen, weil nach den bei uns geltenden Grundsätzen auch dieser Theilungsweise, ebenso wie der vertikalen Theilung die Wirkung einer realen Theilung zukommt. Ist aber die

---

[54] Sarwey, Monatschr. Bd. XIX, S. 215; Württemb. Archiv Bd. VI, S. 152—153, Bd. IX, S. 445; (ebenso Seuffert, Archiv Bd. VII, Nr. 176; Bd. XV, Nr. 126.); Windscheid, Pand. Bd. II, §. 449, Note 12; Holzschuher, Civilrecht, 3. Aufl., Bd. III, S. 958; Entwurf eines deutschen Obligationenrechtes Art. 854 und Protokolle der Dresdener Konferenz S. 2901.

Digitized by Google

Theilungsklage durch die Natur und Bestimmung der gemeinschaftlichen Sache ausgeschlossen, so kann es darauf nicht ankommen, ob die Gemeinschaft im einzelnen Falle zu gefährlichen Zwistigkeiten führt oder nicht. Es ist zuzugeben, daß hiernach die Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft gerade bei derjenigen Gemeinschaft ausgeschlossen ist, welche, wie kaum eine andere geeignet ist zum Unfrieden unter den Theilhabern zu führen. Allein zwischen dem Superfiziar eines einzelnen Stockwerks und dem Eigenthümer kann der häusliche Frieden eben so gut gestört werden, ohne daß eine Klage auf Aufhebung des Rechtsverhältnisses gegeben ist. Der Haustheilhaber, welcher die Gemeinschaft nicht fortsetzen will, hat in der Veräußerung seines Hausantheils das genügende Mittel, aus der Gemeinschaft zu treten, während zu besorgen ist, daß von der Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft, wenn sie im vorliegenden Rechtsverhältniß zulässig wäre, nicht selten zur größten Bedrängniß des unbemittelten Theilhabers Gebrauch gemacht werden könnte.

Erörterung der Frage, inwieweit einzelne Bestimmungen des Gesetzes vom 26. Dezember 1861, betreffend die Gewährleistung bei einigen Arten von Hausthieren durch die Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 abgeändert oder aufgehoben sind.

Von Hrn. Justizassessor Baur in Stuttgart.

Keinem Zweifel kann es unterliegen, daß das Gesetz vom 26. Dez. 1861, betreffend das abgekürzte Verfahren bei Streitigkeiten über Gewährleistung für die Mängel gewisser Arten von Hausthieren (Gesetz B) durch die Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 aufgehoben ist, abgesehen von seinem Inhalt schon deßhalb, weil es sich selbst in seinem Eingang nur als ein provisorisches Gesetz bis

Digitized by Google

zu der jetzt erfolgten Erlassung einer allgemeinen bürgerlichen Prozeßordnung ankündigt. Nun enthält aber auch das Gesetz von demselben Tag, betreffend die Gewährleistung (Gesetz A) prozessualische Bestimmungen. Es fragt sich daher, ob diese Vorschriften und in welchem Umfang solche durch die Ziff. III der Schlußbestimmungen der Civilprozeßordnung aufgehoben sind. Diese Schlußbestimmung lautet wörtlich: „Mit dem Eintritt der Wirksamkeit des gegenwärtigen Gesetzes sind alle bisher geltenden demselben entgegenstehenden Gesetze und Verordnungen aufgehoben" und es wurde von der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten in ihrem Berichte zu III [1] ausdrücklich anerkannt, daß hiermit auch einzelne Bestimmungen früherer im Uebrigen in rechtlicher Wirkung verbleibender Gesetze oder Verordnungen für aufgehoben erklärt werden, sofern sie der neuen Civilprozeßordnung entgegenstehen.

Bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage bleiben selbstverständlich diejenigen Bestimmungen, welche das materielle Recht betreffen und sich nicht auf das Verfahren beziehen, unberührt. Es sind nur die, zugleich prozessualische Vorschriften enthaltenden, Bestimmungen der Art. 6 bis 12, auf welche sich diese Erörterung über ihre fortdauernde Giltigkeit zu erstrecken hat. Die Art. 6 und 8 bis 12 des Gesetzes A vom 26. Dez. 1861 geben Normen über Erhaltung des Klagerechtes, Sicherung und Beweisführung bezüglich des behaupteten Gewährschaftsmangels, Art. 7 regelt den Gerichtsstand bei Gewährschaftsklagen.

Der Art. 7 bestimmt, um mit ihm zu beginnen — abweichend von der früheren Gerichtspraxis, welche den Gerichtsstand des Vertrages am Orte des Vertragsabschlusses nur unter der Voraussetzung der Anwesenheit des Beklagten zur Zeit der Ladung im Gerichtsbezirke oder

---

[1] Neue Justizgesetzgebung des Königreichs Württemberg, amtliche Handausgabe Bd. II, Abth. 2 S. 484.

Digitized by Google

des Vermögensbesitzes daselbst anerkannte, und ebenso nicht wörtlich in Einklang mit Art. 42 der neuen Civilprozeßordnung, welcher das Gericht des Ortes der Vertragserfüllung für zuständig erklärt — daß für Gewährschaftsklagen neben dem ordentlichen Gerichtsstande des Beklagten der Gerichtsstand des Vertrages bei dem Gerichte, in dessen Bezirke der Vertrag geschlossen wurde, ohne die weiteren von der Gerichtspraxis verlangten Voraussetzungen begründet ist. Da dieser Gerichtsstand des Ortes des Vertragsabschlusses in dem eben gedachten Sinne des Art. 7 des Gesetzes A vom 26. Dez. 1861 in der Civilprozeßordnung nicht aufgeführt ist, so könnte man auf den ersten Anblick die Beseitigung des Art. 7 hieraus zu folgern geneigt sein.

Die Civilprozeßordnung, wie sie überhaupt schon nach ihrem Namen und ihrer systematischen Anlage eine ebenso grundlegende als ausbauende Kodifikation ist, leitet insbesondere den Titel: „von den Gerichtsständen" mit der allgemeinen Bemerkung ein: zwischen mehreren Gerichten erster Instanz, welche je in verschiedenen Bezirken gleichartige Gerichtsbarkeit besitzen, sind die nachfolgenden Regeln maßgebend (Art. 31). Nur für das Gantverfahren und die Streitigkeiten in Gantsachen wird ein Vorbehalt gemacht, während hinsichtlich des Gerichtsstandes für Gewährschaftsklagen ein solcher Vorbehalt sich nicht findet. Gleichwohl dürfte der Art. 7 des Gesetzes A vom 26. Dez. 1861 durch die Civilprozeßordnung nicht als beseitigt zu betrachten sein. Eine in dem seitherigen Rechte für eine gewisse fest begrenzte Klasse von Klagen aus Zweckmäßigkeitsgründen gegebene Einzelbestimmung kann insolange durch die Civilprozeßordnung nicht als beseitigt erklärt werden, als weder der Wortlaut der letzteren noch deren anderswie ausdrücklich kundgegebener Sinn sie aufgehoben hat. Dieß ist aber nicht geschehen: der Art. 19 der Civilprozeßordnung bestätigt durch seine allgemeine Verweisung auf das Gesetz vom 26. Dezember 1861 dessen fortdauernde Giltigkeit. In dem angeführten Einleitungsartikel 31 sodann ist nicht ge-

Digitized by Google

sagt, daß die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Gerichtsstände exklusive, daß nur „die nachfolgenden Regeln" maßgebend seien. Auch bezeichnet der Kommissionsbericht der zweiten Kammer [2] nur den Gerichtsstand des Kontraktes in dem bisherigen Sinne, wie ihn auch noch die Handelsgerichtsordnung vom 13. August 1865 Art. 35 Abs. 2 feststellt, als wegfallend, wie denn auch schon der Zweck des Art. 7 des Gesetzes A vom 26. Dez. 1861 nach den Motiven lediglich die Beseitigung der gedachten beschränkenden Voraussetzungen der bisherigen Praxis war. In der That hatte der Gesetzgeber, wenn er je den Art. 7 des Gesetzes A durch die Civilprozeßordnung aufheben wollte, eine dringende Veranlassung dieß ausdrücklich auszusprechen. [3] Der Art. 7 ist nicht nur ein aus dem badischen Gesetze vom 23. April 1859 rezipirter Satz des württembergischen Rechtes, sondern ein zum Gegenstand völkerrechtlicher Stipulation gewordener Satz des diesfalls identischen badisch-hohenzollerisch (k. preußisches Gesetz für die hohenzollern'schen Lande vom 5. Juni 1863) -württembergischen Rechtes. Durch den zu dem Jurisdiktionsvertrage zwischen Württemberg-Baden von 1825 und zwischen Württemberg-Hohenzollern von 1827 hinzugekommenen Zusatzvertrage v. 21. Aug. 1865 Art. 1 haben sich die württembergische und die badische resp. preußische Regierung verpflichtet, dem Art. 7 völlig gleiche Wirksamkeit für den ganzen Umfang der beiderseitigen Territorien einzuräumen, vorausgesetzt nur, daß die Anerkennung dieser gleichen Wirksamkeit eine gegenseitige bleibe. [4]

---

[2] a. a. O. S. 29.

[3] Anmerkung der Redaktion. Dieß wäre doch nur dann richtig, wenn ein Widerspruch zwischen dem Art. 7 des Gesetzes A und dem Art. 42 der Civilprozeßordnung bestände und wenn trotz dieses Widerspruchs die Aufhebung des Art. 7 durch die Schlußbestimmung der Civilprozeßordnung zweifelhaft sein könnte. Weder das Eine noch das Andere läßt sich aber behaupten. Vergl. unten Note 6. (Sy.)

[4] K. Verordnung vom 21. August 1865, Reg.-Blatt von 1865 S. 363 u. 365. Im Uebrigen kann für die Frage nach der fortdauernden Giltigkeit des Art. 7 aus gedachten Staatsverträgen

Digitized by Google

Es wird hiernach für den Art. 7 beziehungsweise deſſen Abſ. 1 fortdauernde unmittelbar praktiſche Wirkſamkeit in Anſpruch genommen. Hievon ausgegangen, kann auch die Frage, ob nicht nach der Geſchichte und den Motiven des Art. 7 auch nach dieſem Artikel in den Fällen, in welchen nach Art. 42 der Civilprozeßordnung nicht das Gericht des Ortes des Vertragsabſchluſſes, ſondern des ausdrücklich vereinbarten Erfüllungsortes zuſtändig iſt, auf Grund der Gleichſtellung beider [5] derſelbe Gerichtsſtand Platz greife, ob nicht der Art. 42 der Civilprozeßordnung in Wahrheit eher eine Erläuterung beziehungsweiſe Erweiterung, als eine weſentliche Abänderung des Art. 7 des Geſetzes A vom 26. Dezbr. 1861 enthalte, mangelnder praktiſcher Erheblichkeit halber dahin geſtellt bleiben. [6]

Nichts gefolgert werden. Denn ſelbſt wenn durch Art. 42 der Civilprozeßordnung demjenigen, was zwiſchen Württemberg, Baden und Hohenzollern-Preußen vereinbart wurde, widerſprochen würde, würde hieraus nur folgen, daß bei dem Verhältniß der Gerichte dieſer Staaten zu einander (bezüglich der gegenſeitigen Rechtshilfe auswärtiger Gerichte) der Gerichtsſtand des Vertrages nicht im Sinne des Art. 42 der Civilprozeßordnung, ſondern im Sinne der Vereinbarung vom 21. Auguſt 1865 zur Anwendung kommt. Daß übrigens der Art. 42 der Civilprozeßordnung demjenigen entſpricht, was der Art. 1 des Zuſatzvertrages verlangt, iſt um ſo gewiſſer, als dieſer Zuſatzvertrag von 1865 nach der neuen badiſchen Civilprozeßordnung vom 18. März 1864 abgeſchloſſen wurde, und der den Gerichtsſtand des Vertrages normirende §. 31 derſelben beinahe wörtlich mit dem Art. 42 der württemb. Civilprozeßordnung übereinſtimmt.

[5] Vergl. Berner-Schäfer das Verfahren der württ. Gerichte ꝛc. S. 153.

[6] Anmerkung der Redaktion. Im Anſchluß an obige Bemerkung des Hrn. Verfaſſers glaubt die Redaktion ihre von der vorſtehenden Ausführung abweichende Anſicht zur Klarſtellung der Sache kurz begründen zu ſollen. Man kann mit dem Hrn. Verfaſſer darin einverſtanden ſein, daß die dem Geſetze A vom 26. Dez. 1861 zu Grunde liegenden Verhandlungen mit andern deutſchen Staaten und insbeſondere der Staatsvertrag vom 21. Auguſt 1865 ohne Einfluß auf die Beantwortung der erörterten Frage iſt, ein-

Digitized by Google

Unzweifelhaft nicht alterirt wird sodann durch die Civilprozeßordnung der Abs. 2 des Art. 7 des Gesetzes A, da derselbe nur den in der Civilprozeßordnung Art. 55 resp. 53 generell zum Ausdruck gebrachten Satz enthält, daß, von anderweitigen Bestimmungen etwaiger Staatsverträge abgesehen, der Gerichtsstand des Abs. 1 des Art. 7 gegen Ausländer volle Anwendung finde.

So unzweifelhaft ferner der Abs. 2 des Art. 8 des Gesetzes A vom 26. Dez. 1861, dessen unbestimmt allgemeiner prozessualischer Grundsatz in dem Gesetze B von demselben Tage seine Ausführung gefunden hat, mit Einführung der Civilprozeßordnung und der Aufhebung des Gesetzes B aufgehoben ist, so wenig läßt sich bezüglich des ersten Absatzes dieses Artikels die Frage der Aufhebung einfach, weder unbeschränkt bejahend, noch unbeschränkt verneinend, beantworten. Da das Gesetz A im Gegensatz zu dem Gesetz B die Anwendbarkeit seiner prozessua-

---

mal, weil ein gemeinsamer Gerichtsstand im Sinne des Jurisdiktionsvertrages nach Maaßgabe des Art. 11 Abs. 1 der Civilprozeßordnung fortbestehen könnte, auch wenn derselbe durch die Civilprozeßordnung aufgehoben wäre, sodann deßhalb, weil auch der Art. 42 der Civilprozeßordnung demjenigen, was der erwähnte Staatsvertrag von 1865 verlangt, unter allen Umständen entspricht. Dagegen kann die Ansicht, daß der Art. 7 des Gesetzes A vom 26. Dez. 1861 neben den Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Gerichtsstände in rechtlicher Wirksamkeit fortbestehe, nicht als richtig erkannt werden. Wenn und soweit der Art. 7 über den Gerichtsstand des Vertrages etwas Anderes bestimmt, als der Art. 42 der Civilprozeßordnung, kann er nicht neben letzterem bestehen, weil nach dem Schlußartikel der Civilprozeßordnung durch dieselbe alle entgegenstehenden Gesetze oder Gesetzesbestimmungen aufgehoben sind. Allerdings aber wird hiedurch der Sache nach kaum Etwas geändert, da noch zu erweisen wäre, daß und inwiefern die in Art. 7 gegebenen Bestimmungen über den Gerichtsstand des Vertrages nicht in Art. 42 der Civilprozeßordnung enthalten sind. Die nähere Untersuchung dieser Frage kann aber von dem hier vertretenen Standpunkte aus als unpraktisch ebenso unterlassen werden, wie dieselbe der Hr. Verf. dahin gestellt lassen will. (Sy.)

Digitized by Google

lischen Normen nicht auf die Oberamtsgerichte beschränkt, so werden von jenem auch die Ortsgerichte mitgetroffen. Die Bestimmungen über das Verfahren vor den Ortsgerichten, über die Verbindung der Beweisaufnahme mit der mündlichen Verhandlung der Sache (Art. 885 und 889 der Civilprozeßordnung) gestatten die Fortsetzung der bisherigen oberamtsgerichtlichen Praxis, wonach das erkrankte Thier zur ersten Tagfahrt zur Stelle zu bringen war, um dem vom Gerichte bereit gehaltenen Techniker des Abs. 1 des Art. 9 des Gesetzes A sofort zur Untersuchung übergeben zu werden. Für das ortsgerichtliche Verfahren wird daher die fortdauernde Giltigkeit des Abs. 1 des Art. 8 anzunehmen sein. Dagegen dürfte für die Oberamtsgerichte mit Einführung der Civilprozeßordnung diese seitherige Praxis sammt ihrer Grundlage, dem Abs. 1 des Art. 8, fallen. Nach der Civilprozeßordnung ist die Verbindung des Beweis*einzuges* mit der die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte vorbereitenden Tagfahrt vor der oberamtsgerichtlichen Deputation nicht zulässig und es kann abgesehen von einem bei der vorbereitenden Tagfahrt abgeschlossenen, auf das Resultat der Sachverständigenuntersuchung gestellten Vergleiche der Parteien, in welcher Beziehung Art. 628 der Civilprozeßordnung Beachtung verdient, die Vorschrift des ersten Absatzes des Art. 8 nur in Anwendung des Art. 636 durch sofortige Anberaumung der mündlichen Verhandlung erreicht werden, ein Satz, welcher auf Grund des dem Art. 636 diesfalls entsprechenden Schlußsatztheiles des Art. 338 Abs. 1 auch Anwendung findet auf die dem Kreisgerichte vermöge Prorogation (Art. 24 Abs. 1) und dem Obertribunal vermöge der Bestimmung des Art. 15 Abs. 1 der Civilprozeßordnung in erster Instanz zufallenden Gewährschaftsklagen.

Betreffend den Art. 9, kann kaum zweifelhaft sein, daß er Angesichts der Civilprozeßordnung nur zu einem Theile seines mittleren Absatzes aufgehoben, in seinem ersten und letzten Absatze aber nicht beeinträchtigt ist. Der letzte

Digitized by Google

Absatz gibt korrespondirend dem zweiten Satze des Abs. 1 des Art. 502 der Civ.Pr.O. den Parteien die Initiative bei der Wahl von Sachverständigen, wogegen der erste für den von Gerichtswegen aufzustellenden Sachverständigen eine gewisse Qualifikation, das Geprüft- und Angestelltsein als Thierarzt, verlangt, eine Vorschrift, welche, zugleich mehr verordnungsmäßige Instruktion, dem Sachverständigenbeweise der Civilprozeßordnung schon darum nicht widerspricht, weil auch diese in dem Art. 509 und dem ersten Absatze des Art. 514 die Verwendung von Sachverständigen, welche „vom Staate aufgestellt", schon im Allgemeinen für Begutachtungen der betreffenden Art in Pflichten genommen sind, als den gewöhnlichen Gang der Sache annimmt. Dagegen ist der Absatz 2 des Art. 9, soweit nach ihm das Gericht auch eine Zweizahl von Sachverständigen soll verwenden dürfen, mit der Civilprozeßordnung Art. 502, wonach die Zahl der — ob richterlichen oder kompromittirten — Sachverständigen eine ungleiche sein muß, unvereinbar, wie sie schon mit der noch kategorischer gefaßten gleichen Bestimmung des Gesetzes vom 21. Aug. 1865 (die Zahl der Sachverständigen muß in allen Fällen eine ungleiche sein, Abs. 3 des Art. 1) unvereinbar war.

Ein anderer Grundsatz des Sachverständigenbeweises, wie ihn die Civilprozeßordnung Art. 520 und gleichfalls schon das Gesetz vom 21. Aug. 1865 (Art. 2) aussprechen, ist für die Frage der Giltigkeit des folgenden Art. 10 von Einfluß. Es ist der, daß das Gericht „durch das Sachverständigengutachten nicht gebunden", das Ergebniß des Sachverständigenbeweises nach freier Ueberzeugung zu würdigen hat. Wenn auch darüber, daß nach Absatz 1 des Art. 10 auch ferner die Oeffnung und Zerlegung eines todten Thieres auf Verlangen der Partei oder der Sachverständigen zu geschehen hat, deßhalb kein Zweifel obwalten kann, weil hiedurch das Recht einer Partei, die zu Herstellung des Beweises nöthigen Untersuchungen zu ermöglichen, festgestellt und Nichts über die Würdigung des

Digitized by Google

hiedurch gewonnenen Resultates durch den Richter vorgeschrieben wird, so könnte doch der Abs. 2 deßhalb als durch die Civilprozeßordnung außer Kraft gesetzt scheinen, weil es nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung dem Richter anheimgegeben werden müsse, ob er die Konstatirung der durch Zerlegung des Thieres zu ermittelnden Thatsachen für nöthig erachtet. Dieser Zweifel löst sich jedoch durch die Erwägung, daß die Civilprozeßordnung eine andere rechtliche Bedeutung des Ergebnisses des Sachverständigenbeweises, als die, für das bevorstehende richterliche Urtheil dienstbar mitzuwirken, nicht zum Vorwurf hat. Mit diesem Grundsatz der Civilprozeßordnung steht es nicht im Widerspruch, wenn Abs. 2 für die besondere Spezies des Sachverständigenbeweises bei Viehmängeln in Zutagefördern derselben zwei Stufen zuläßt und aus Rücksicht für den, durch die seiten der Sachverständigen beantragte Oeffnung des lebendigen Thieres, eventuell gefährdeten Gewährschaftsimpetranten diesem das Recht gibt, erst auf die Garantie einer nochmaligen Untersuchung sich dem Risiko der Oeffnung behufs Führung des Beweises zu unterwerfen.

Art. 11 ordnet in seinem Absatz 1 die Nothwendigkeit der Ladung beider Theile zu der in Art. 9 und 10 erörterten Sachverständigenuntersuchung in völligem Einklang mit der allgemeinen Vorschrift in Abs. 2 des Art. 424 der Civilprozeßordnung an. Nicht dieselbe Uebereinstimmung besteht bezüglich der Ausnahme, welche von der Vorschrift vorgängiger Ladung im zweiten Absatz des Art. 11 des Gesetzes A und in Art. 450 vergl. mit dem ersten Satz des Abs. 2 des Art. 424 der Civilprozeßordnung zugelassen ist. Die Civilprozeßordnung erklärt, falls die Voraussetzungen des auf Sachverständigenuntersuchung anwendbaren Verfahrens zur Sicherung gefährdeter Beweismittel (Tit. XXIII) zutreffen, überdieß nach Abs. 2 des Art. 450 dringende Gefahr vorhanden und zeitige Ladung des Gegners des Beweiseinzugsimpetranten unmöglich ist, die Abwesenheit jenes, des Gegners, bei der Beweisaufnahme für unerheblich; der Art. 11

Digitized by Google

Abs. 2 des Gesetzes A vom 26. Dez. 1861 dagegen schreibt, wenn Gefahr auf dem Verzuge ruht und der einen Partei die Ladung nicht zeitig genug eröffnet werden konnte, Bestellung eines Vertreters für die nichtgeladene Partei vor, eine Vorschrift, welche der Civilprozeßordnung, von dem nicht hieher gehörigen Falle des Art. 872 abgesehen, fremd ist. Man erkennt leicht, daß nach der Civilprozeßordnung die Zulassung der Beweisaufnahme in Abwesenheit des Gegners des Impetranten, die größere Abweichung von der Prozeßregel, durch Voraussetzungen bedingt ist, welche der Art. 11 Abs. 2 für die mit der Ladung des Vertretenen gleich wirksame Bestellung eines Vertreters, die geringere Abweichung von der Prozeßregel, nicht fordert. Hiernach kann, wenn zu den Voraussetzungen des Abs. 2 des Art 11 des Gesetzes A vom 26. Dez. 1861 noch die Voraussetzungen der Civilprozeßordnung Tit. XXIII, insbesondere des Art. 447, kommen, die Bestellung eines Vertreters nicht mehr als nothwendig erkannt werden. Dagegen ist hiemit in denjenigen Fällen, in welchen die Voraussetzungen des Art. 450 Abs. 2 nicht zutreffen, die fortdauernde Giltigkeit des Art. 11 nicht unvereinbar und daher, da derselbe nicht ausdrücklich aufgehoben ist, die fortdauernde Anwendbarkeit desselben zu behaupten.

Art. 12 endlich setzt das Institut eines der Klagerhebung vorgängigen Beweiseinzugs zum ewigen Gedächtniß fest und enthält eine Besonderheit insofern, als durch diese Bestimmung (worüber die Motive zu Art. 12[7] keinen Zweifel lassen), unter Ausschluß der Ortsbehörde für nicht geringfügige Gewährschaftssachen, für letztere das Oberamtsgericht des Bezirkes, in welchem das mit dem Mangel behaftete Thier sich befindet, neben dem gegen den Beklagten nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen zuständigen Gerichte für den Beweiseinzug zuständig erklärt wird. Die zweite Besonderheit des Instituts des Art. 12 ist die,

[7] Vergl. Weiß, Anleitung zur Erkennung und Beurtheilung der Hauptmängel der Hausthiere S. 55, 56.

Digitized by Google

daß der Antrag auf diesen Beweiseinzug auch bei dem Gerichte des Bezirkes, wo das Thier sich befindet, wie bei dem nach sonstigen Grundsätzen an sich zuständigen Gerichte nach Art. 6 eine das Klagerecht wahrende Wirkung hat. Auch die Civilprozeßordnung kennt einen der Klage vorgängigen Beweiseinzug zum ewigen Gedächtniß. Wie jedoch aus Art. 446 Abs. 2 hervorgeht, wird abweichend von Art. 12 des Gesetzes A das Oberamtsgericht nicht ausschließlich für zuständig erklärt, vielmehr dem Impetranten die Wahl zwischen diesem und der Ortsobrigkeit gelassen. Diese Bestimmung des Abs. 2 des Art. 446 schließt — was ihr Verhältniß zu Art. 12 des Gesetzes A betrifft — als eine fakultative die Anwendung des Art. 12 an sich nicht aus. Andererseits aber ist dieselbe eine allgemeine. Der Impetrant kann also durch Art. 12 auch nicht verhindert sein, von dem durch die Civilprozeßordnung ihm gelassenen Wahlrechte Gebrauch zu machen. Nur treten in dem Falle, wenn er nicht ein nach Maßgabe des Art. 12 des Gesetzes A zuständiges Gericht angerufen hat, die in Art. 6 desselben an die Anrufung des Gerichtes geknüpften Folgen nicht ein.

II.

Fragmente.

3) Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Kübel.)

A. Civilrecht.

1) Unvordenkliche Verjährung.

Die unvordenkliche Verjährung erfordert — auch nach der Präsumtionstheorie[1] — nicht, daß die Ausübung des

[1] Dieses Archiv Bd. X, S. 116 ff.

Digitized by Google

Rechtes bis zur Klageanstellung gedauert habe, es genügt vielmehr, wenn der Besitz zu der Zeit, wo er aufhörte, über Menschengedenken gedauert hatte, wenn die fortgesetzte Ausübung des Rechtes während des letzten Menschenalters und der Mangel einer gegentheiligen Erinnerung aus dem vorletzten, beides vom Aufhören des Besitzes an gerechnet, erwiesen ist.[2] Ist freilich in der Zwischenzeit zwischen der letzten Besitzhandlung und der Klageanstellung so viel Zeit verstrichen, daß das Recht durch Nichtgebrauch wieder erloschen ist, so verliert die unvordenkliche Verjährung durch dieses nachfolgende Ereigniß ihre Wirksamkeit. Es gehört aber nicht der Mangel eines solchen Zeitablaufes zur Begründung der unvordenklichen Verjährung, sondern es bildet die Behauptung, daß das Recht seit der letzten Besitzeshandlung durch Nichtgebrauch wieder erloschen sei, eine Einrede des Gegners.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. Februar/2. März 1869 in der Appellationssache der Gemeinde S. c. die F. Standesherrschaft L. W. F.

2) Pflicht des Servitutenpflichtigen zur Wiederherstellung der zur Ausübung der Servitut dienenden Anstalten.

Mit der actio confessoria kann unter Anderem verlangt werden, daß Derjenige, welcher den Servitutberechtigten an der Ausübung seines Rechtes hindert oder darin stört, die Verletzung beseitige und allen Nachtheil ersetze, daß er ihm die freie Ausübung der Servitut eröffne. Wenn daher zum Zwecke der letzteren eine Anstalt vorhanden ist und der Servitutpflichtige entfernt dieselbe oder macht sie zu dem gedachten Zwecke unbrauchbar, so ist er verpflichtet, dieselbe wiederherzustellen. — cst. 5 Cod. de servitut. (3, 34): „Si quid pars adversa contra servitutem aedibus tuis debitam injuriose extruxit, Praeses provinciae revocare ad pristinam formam . . . curabit.“

[2] Wächter, württ. Privatrecht Bd. II, S. 822, Note 4.

Digitized by Google

Dieses Thun, zu welchem der Servitutpflichtige verbunden ist, bildet aber nicht den Inhalt der Servitut, sondern ist nur eine Folge des Zuwiderhandelns des Servitutpflichtigen gegen das Recht des Servituteninhabers.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. Mai 1865 in der Appellationssache Z. c. Stadtgemeinde L.

3) Eintrag des bedungenen Losungsrechtes im Unterpfandsbuch.

Ignaz K. zu R. gab seinem Sohne August K. die Hälfte seines Wohnhauses unter der Bedingung zum Heirathsgut, daß er solche für den Fall des kinderlosen Absterbens des Sohnes um den Preis von 800 fl. wieder zurückzuerwerben berechtigt sein solle. Auf Grund dessen stellte er bei der Unterpfandsbehörde den Antrag, dieses Recht durch Vormerkung im Unterpfandsbuche zu wahren; wurde aber von der Unterpfandsbehörde mit diesem Antrage zurückgewiesen. Im Beschwerdewege wurde jedoch zu Gunsten des Ignaz K. in allen folgenden Instanzen entschieden. In dem Erlasse des Kreisgerichtshofes zu Tübingen vom 11. April 1868 ist dießfalls bemerkt:

Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Generalverordnung vom 2. März 1815 Ziff. III, Abs. 1 — wonach Derjenige, welcher ein unbedingtes Losungsrecht hat, zur Erhaltung desselben, und zwar bei Verlust des Losungsrechtes, dasselbe in das öffentliche Unterpfandsbuch eintragen zu lassen hat — durch die seit dem Jahre 1825 ins Leben getretene Pfandgesetzgebung eine Aenderung dahin erlitten hat, daß zu Erhaltung eines bedungenen Losungsrechtes fortan der Eintrag in das Güterbuch, statt in das Unterpfandsbuch, erfordert wird, [3] da dem Berechtigten im Hinblick auf das Pfandgesetz Art. 74 ff., Hauptinstruktion §. 195, Beil. III, Formular lit. D., insbesondere aber nach Art. 71 des Pfandentwicklungsgesetzes, welcher namentlich die Wahrung der bedungenen Wiederlosungen zum

[3] vergl. jedoch dieses Archiv Bd. VI, S. 204, 205.

Digitized by Google

Gegenstand hat,[4] jedenfalls das Recht nicht abgesprochen werden kann, zu mehrerer Sicherheit, außer dem Eintrag in das Güterbuch, auch noch denjenigen in das Unterpfandsbuch zu verlangen, was auch, wiewohl es gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, doch schon deßhalb der Vorsicht angemessen erscheint, weil jene Aenderung im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen worden ist. In dem Erlasse des Obertribunals vom 10. Juni 1865 wurde hiezu noch bemerkt:

Es handelt sich in dem vorliegenden Falle allein davon, ob die Unterpfandsbehörde zu R. Grund habe, den von Ignaz K. gestellten Antrag: ein ihm vertragsmäßig zugestandenes Losungsrecht in dem Unterpfandsbuche vorzumerken, zurückzuweisen; dieß ist nun aber, in welcher Beziehung im Uebrigen auf den Inhalt des Erlasses des K. Gerichtshofes zu verweisen ist, schon darum zu verneinen, weil die vaterländische Pfandgesetzgebung dem gedachten Antrage überall nicht entgegensteht und es den Betheiligten unbenommen ist, dafür Sorge zu tragen, daß auch schon bei einer etwaigen Verpfändung des mit dem Losungsrecht belasteten Gutes dieses sofort aus dem Eintrag im Unterpfandsbuche zu ersehende Losungsrecht nicht unbeachtet bleibe.

4) Die Frage der Ablösbarkeit von Leistungen für kirchliche Zwecke auf Grund des Gesetzes vom 19. April 1865.

Der Johanniter-Kommende D. lag bis zum Jahre 1809 die Verbindlichkeit zu Tragung der Baulast an der Pfarrkirche zu D., sowie des gesammten Kultaufwands ob, und diese Verbindlichkeit ging im Jahre 1809 in Folge der Inkamerirung der Kommende mit deren gesammtem Vermögen an Gebäuden, Gütern, Zehnten und Gefällen auf die K. Staatsfinanzverwaltung über. Das Vermögen

[4] Bolley, Kommentar zum Pfandgesetz Bd. III, S. 1287—1290.

Digitized by Google

der Kommende, nämlich die Schloßgebäude zu D. nebst den dazu gehörigen Gütern und Zehnten, kam schon in den Jahren 1810 und 1812 in dritte Hände, die bis dahin auf dem Vermögenskomplex haftende Verbindlichkeit zu Tragung der kirchlichen Baulast und des Kultaufwands behielt aber die K. Staatsfinanzverwaltung durch Vertrag mit dem Erwerber des Vermögens auf sich und trug demgemäß auch fernerhin die fraglichen Kosten. Nachdem jedoch durch den Art. 1 des Gesetzes vom 19. April 1865 bestimmt worden war, daß Leistungen für öffentliche Zwecke, namentlich für Kirche, Schule und Armenunterstützung, wenn sie mit dem Besitze einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände als bleibende Last verknüpft und nicht in den heutigen staatsrechtlichen Verhältnissen begründet sind, auf Verlangen der Berechtigten oder der Verpflichteten der Ablösung unterliegen, so meldete die K. Staatsfinanzverwaltung ihre Verbindlichkeit zur Ablösung an und erhob, als die Ablösbarkeit aus dem Grunde bestritten wurde, weil die Verbindlichkeit nicht mit dem Besitze einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände als bleibende Last verknüpft sei, gegen die Kirchengemeinde D. Klage auf Anerkennung der Ablösbarkeit. Die Richter erster und zweiter Instanz erkannten dem Klaggesuche gemäß verurtheilend. In den Entscheidungsgründen des Gerichtshofes ist gesagt: die Beklagte behaupte, daß die fraglichen Leistungen von dem Vermögenskomplexe, auf welchem sie gehaftet, abgetrennt und in rein obligatorischer Weise als eine lediglich persönliche Verpflichtung auf den Staat übernommen worden, und zwar dadurch, daß im Jahre 1812 an den Grafen von D., an welchen schon im Jahre 1810 das Schloßgebäude nebst Garten und den dazu gehörigen Gütern veräußert worden, auch sämmtliche Zehntgefälle zu D. mit der Bestimmung verkauft worden seien, daß der Käufer an den Lasten, worunter das onus fabricae an der Kirche zu D. und die Kultkosten, nichts beizutragen habe, sondern sämmtliche Lasten von dem Staate beibehal-

Digitized by Google

ten und getragen werden. Allein es sei nicht ersichtlich, daß sämmtliches inkammerirte Vermögen von der K. Staatsfinanzverwaltung wieder veräußert worden sei . . . Jedenfalls aber habe die Klägerin in dem Kaufpreise der Güter und Zehnten einen Vermögensgegenstand, mit Rücksicht auf welchen sie die erwähnten Lasten beibehalten habe. Es fehle also nicht an der vom Gesetze erforderten Beziehung der Leistungen zu einem Vermögensbesitze des Pflichtigen (selbst wenn man nicht annehme, daß durch die Inkamerirung schon das gesammte Staatskammergut mit den fraglichen Leistungen belastet worden sei). Bei dem unbestimmten rechtlichen Charakter derartiger Leistungen können von einem Pflichtigen Vermögenstheile veräußert worden sein, ohne daß darum die Verbindlichkeit sich geändert hätte. Gleichwohl sei es die unzweifelhafte Absicht des Gesetzes, ohne Rücksicht auf solche Veräußerungen jene mit einem Vermögensbesitz überkommene Leistungen für öffentliche Zwecke, als in überlebten Verhältnissen wurzelnd, zur Ablösung bringen zu lassen.[5] Einen neuen lediglich obligatorischen Rechtsgrund könne die Beklagte aus dem Vertrage, an welchem sie nicht Theil genommen, nicht für sich ableiten. Die Vertragsbestimmung, welche im Jahre 1812 zwischen der Klägerin und dem Grafen von D. hinsichtlich der fraglichen Leistungen getroffen worden, beruhe vielmehr auf der Anschauung, daß dadurch die Leistungsverbindlichkeit der Klägerin, gleichviel aus welchem Grunde, nicht berührt werde, und diese Anschauung sei auch der Beklagten gegenüber durch die unveränderte Fortsetzung der Leistungen der Klägerin bethätigt worden.

Das Obertribunal war anderer Ansicht und wies die Klage ab. In den Entscheidungsgründen wurde zunächst, im Einklang mit der schon früher veröffentlichten Entschei-

---

[5] Bezogen wurde sich auf die Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1862 5. Beil. Bd. I, S. 1652 Nro. 2, S. 2057 Nro. 3; Prot. Bd. III, S. 1963, 1966, 1970.

Digitized by Google

dung vom 17. März 1869,[6] ausgeführt, daß nach der Bestimmung des Gesetzes nur solche Verbindlichkeiten ablösbar seien, welche jedem Besitzer gewisser Vermögensgegenstände als solchem obliegen, und sodann weiter dargethan, daß zu diesen Verbindlichkeiten die Verbindlichkeit in Frage nicht gehöre. In letzterer Beziehung besagen die Entscheidungsgründe:

Die Klägerin beruft sich darauf, daß die fragliche Verbindlichkeit infolge der im Jahre 1809 erfolgten Inkamerirung des Vermögens der Johanniter-Kommende D. an Gebäuden, Gütern, Zehnten und Gefällen mit diesem Vermögen als eine darauf ruhende Last auf sie übergegangen sei. Nun ist dieß zwar eine unbestrittene Thatsache, allein der heutige Grund der Verbindlichkeit der Klägerin liegt nicht mehr in dem Besitze jenes Vermögens. Denn es hat die Klägerin selbst zugestehen müssen, daß die der Johanniter-Kommende D. vormals zugehörig gewesenen Gebäude, Güter und Zehnten schon in den Jahren 1810 und 1812 auf den Grafen von D. übergegangen seien und daß die Klägerin aus diesem Anlaß durch Uebereinkunft mit Letzterem die fragliche Verbindlichkeit, unter Freilassung der bis dahin damit belasteten Vermögensgegenstände, auf sich übernommen habe. Wenn dem entgegen der nächstvorige Richter geltend macht, es sei nicht ersichtlich, daß sämmtliches inkamerirte Vermögen von der Klägerin wieder veräußert worden sei, so kommt dagegen in Betracht, daß die Klägerin selbst nicht behauptet, von dem inkamerirten Vermögen noch irgend einen Theil zu besitzen, während dieß zu behaupten und zu beweisen ihre Sache gewesen wäre, wenn sie die Ablösbarkeit ihrer Verbindlichkeit darauf hätte gründen wollen. Die Klägerin glaubt zwar, daß Angesichts der Thatsache der Inkameration der Beklagten der Beweis obliege, daß das gesammte inkamerirte Vermögen, auf welchem die fragliche Verbind-

[6] Vergl. dieses Archiv oben S. 243 ff.

lichkeit geruht, von der Klägerin veräußert worden sei. Allein daraus, daß die Klägerin durch Inkamerirung in den Besitz des Vermögens der Kommende gekommen, folgt nicht, daß dieser Besitz auch noch jetzt ganz oder theilweise fortdauere,[7] und da die dermalige Verknüpfung der Verbindlichkeit mit dem Besitze bestimmter Vermögensgegenstände der Klägerin Bedingung der Ablösbarkeit der Verbindlichkeit ist, so hätte die Klägerin als einen Theil des Klagegrundes behaupten und beweisen müssen, daß sie sich derzeit noch im Besitze von Vermögensgegenständen befinde, womit die fragliche Verbindlichkeit als bleibende Last verknüpft sei.

Der nächstvorige Richter ist nun zwar der Ansicht, daß, wenn auch von dem inkamerirten Vermögen sich nichts mehr in dem Besitze der Klägerin befinde, diese in dem Kaufpreis einen Vermögensgegenstand habe, mit Rücksicht auf welchen die fragliche Verbindlichkeit von ihr beibehalten worden sei, so daß es an der von dem Gesetze erforderten Beziehung der Leistungen zu einem Vermögensbesitz des Pflichtigen nicht fehle. Allein das Gesetz redet nicht von einer bloßen Beziehung der Leistungen zu einem Vermögensbesitz, sondern es verlangt, daß die Verbindlichkeit mit dem Besitze einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände als bleibende Last verknüpft sein und also mit diesem Besitze in der Art in rechtlicher Beziehung stehen müsse, daß die Verbindlichkeit dem Besitzer bestimmter Vermögensgegenstände als solchem und um seines Besitzes willen obliege und mit dem Besitze auf jeden Besitzer übergehe. Eine solche Verknüpfung der Verbindlichkeit mit dem Kaufschilling ist aber gar nicht denkbar und auch seiten der Klägerin in keiner Weise behauptet worden.

Dagegen hat die Klägerin geltend gemacht, daß der rechtliche Charakter der Verbindlichkeit durch die Veräußerung des mit der Verbindlichkeit belasteten Vermögens

---

[7] Wächter, württemb. Privatrecht Bd. II, S. 453, 454.

Digitized by Google

nicht habe verändert werden können; dieser sei durch die Art der ursprünglichen Begründung der Verbindlichkeit ein für allemal bestimmt, es sei dadurch die Verpflichtung als eine mit dem Besitze einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände als bleibende Last verknüpfte begründet worden, und diesen Charakter habe sie behalten, wenn auch alle Vermögensgegenstände, mit welchen die Verbindlichkeit ursprünglich verknüpft gewesen, auf andere Besitzer übergegangen seien. Hienach scheint die Klägerin davon auszugehen, daß die Ablösbarkeit der fraglichen Verbindlichkeit schon dadurch begründet werde, daß die Verbindlichkeit seiner Zeit mit dem Besitze gewisser Vermögensgegenstände auf die Klägerin übergegangen sei, und daß es auf die Ablösbarkeit keinen Einfluß habe, wenn auch das ursprünglich belastete Vermögen inzwischen in andere Hände gekommen sei. Allein für die Ablösbarkeit ist der gegenwärtige Zustand entscheidend; nur diejenige Verbindlichkeit erklärt das Gesetz für ablösbar, welche noch jetzt mit dem Besitze einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände als bleibende Last verknüpft und durch den Besitz dieser Vermögensgegenstände bedingt ist, bei welcher somit die Person des Pflichtigen durch diesen Besitz bestimmt wird. Wo aber, wie in vorliegendem Falle, die Vermögensgegenstände, auf welchen die Verbindlichkeit zuvor geruht, längst in dritte Hand übergegangen sind, die Verbindlichkeit aber, der Veräußerung der zuvor belasteten Vermögensgegenstände ungeachtet, vermöge Uebereinkunft von dem früheren Besitzer auf sich übernommen worden ist, hat die Verbindlichkeit ebendamit aufgehört, mit jenem Vermögensbesitze verknüpft zu sein und es ist nicht mehr der Besitz bestimmter Vermögensgegenstände, durch welchen die Verbindlichkeit bedingt wird.

Die Klägerin hat zwar endlich noch geltend gemacht, daß durch die Inkamerirung der Kommende D. die fragliche Verbindlichkeit eine Last des ganzen Staatskammergutes geworden sei und deßhalb die nachherige Veräuße-

Digitized by Google

rung des ursprünglich allein belasteten inkamerirten Vermögens an dem Charakter der Verbindlichkeit, als einer auf dem ganzen Staatskammergut haftenden Last, nichts habe ändern können. Allein es hat die Klägerin diese ihre Ansicht in keiner Weise zu begründen versucht und das Obertribunal hat stets angenommen, daß die Inkamerirung des mit der Verbindlichkeit zu Tragung der Kosten für kirchliche Zwecke belasteten Vermögens von Stiften, Abteien und Klöstern an jener Verbindlichkeit nichts geändert habe und nach wie vor lediglich das inkamerirte Vermögen damit belastet geblieben sei.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Juli 1869 in der Appellationssache der Kirchengemeinde D. c. die K. Staatsfinanzverwaltung.

5) Kauf nach Probe; Beweislast bezüglich der Probemäßigkeit.

Wenn bei einem Handel nach Probe die Frage entsteht, ob die gelieferte Waare der Probe entsprechend war oder nicht, so trifft die Beweislast jedenfalls dann den Käufer, wenn er die ihm überlassene Probe durch eigene Schuld nicht mehr vorzulegen im Stande ist. [8]

Entscheidung des Obertribunals vom 10. März 1869 in der Appellationssache H. c. W.

6) Klage auf Anerkennung eines Vertrages über die ehelichen Güterverhältnisse.

Zwischen zwei Ehegatten war während der Dauer der Ehe Streit darüber entstanden, ob gewisse Vermögensbe-

---

[8] Heise und Cropp, Abh. Bd. I, S. 213, 216; Gerber, deutsches Privatrecht 8. Aufl. §. 178 Ziff. 2 Note 6; Thöl, Handelsrecht Bd. I, 4. Aufl., S. 442; Bluntschli, deutsches Privatrecht, 3. Aufl., §. 154 Ziff. 2; Treitschke, Kaufkontrakt, 2. Aufl., S. 164; preuß. Entwurf eines Handelsgesetzbuches Art. 256, Abs. 2, Motive S. 136, 137; Krawel, das allg. deutsche H.G.B. S. 435 bis 437; Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allg. deutschen Obligationenrechtes Bd. III, S. 1806, 1807, 1895, Bd. VI, S. 4232—4234.

Digitized by Google

ſtandtheile in Gemäßheit des Ehevertrages zur ehelichen Errungenſchaft gehören und es hatte die Ehefrau darauf geklagt, daß der beklagte Ehemann verbunden ſei, den Ehevertrag, wonach die von ihm vor ſeiner Verehelichung beſeſſenen Realitäten als Gegenſtand der ehelichen Errungenſchaft erklärt worden, und das ſich hieraus ergebende Miteigenthum der Klägerin an dieſen Realitäten anzuerkennen. Dieſe Anerkennungsklage wurde für ſtatthaft erkannt und es beſagen dießfalls die Entſcheidungsgründe des Obertribunals:

Wenn während der Dauer einer auf das Landrecht abgeſchloſſenen Ehe über die rechtliche Eigenſchaft von Beſtandtheilen des ehelichen Vermögens Streit entſteht, iſt eine Entſcheidung hierüber ſelbſt dann, wenn es ſich nicht von einer reellen Ausſcheidung der Beſtandtheile des Geſammtvermögens handelt, ſtatthaft, weil ſchon während der Ehe ein weſentliches Intereſſe der Ehegatten an der Feſtſtellung ihres Rechtsverhältniſſes hinſichtlich der Beſtandtheile des Geſammtvermögens inſofern vorliegt, als die Berechtigung des einen oder des andern Gatten an den eizelnen Vermögensobjekten danach ſich richtet, ob letztere zum Sondergut des Einen oder des Andern oder zur Errungenſchaft gehören. [9]

Entſcheidung des Obertribunals vom 20. Mai 1865 in der Appellationsſache G. c. G.

7) Theilung des Eigenthums einer deutſchrechtlichen Realgemeinde und der einer ſolchen nachgebildeten Genoſſenſchaft.

In Seuffert's Archiv Bd. VIII Nro. 11 wird folgende Entſcheidung des Obertribunals mitgetheilt:

Zu N. beſtand ſeit uralter Zeit eine ſogenannte Realgemeinde, deren Mitglieder, die Beſitzer von 59 Höfen,

[9] Vergl. Art. 319 der Civilprozeßordnung vom 3. April 1868; dieſes Archiv Bd. XII, S. 1 ff.

Digitized by Google

neben andern Nutzungen, aus den gemeinschaftlichen Waldungen jährlich gewisse Holzgaben bezogen.

Durch Vertrag vom 3. April 1844 wurde das Vermögen der politischen Gemeinde von dem der Realgemeinde ausgeschieden und der letzteren ein Wald von 600 Morgen mit der Bestimmung zugetheilt, daß derselbe für alle Zeiten ein ungetheiltes gemeinschaftliches Eigenthum der Realgemeindeberechtigten bleiben solle.

Dieser die Erhaltung des Wohlstandes der ganzen Gemeinde bezweckenden Bestimmung zuwider trugen mehrere Realgemeindeberechtigte gegen die Uebrigen auf Theilung jenes Waldes an, indem sie geltend machten, daß nach l. 14 §. 2 D. comm. div. (10, 3) die erwähnte Vertragsbestimmung unwirksam sei. Sie wurden aber in allen Instanzen mit ihrer Theilungsklage abgewiesen, von dem obersten Gerichtshofe namentlich deßhalb, weil die dem Forderungenrechte angehörigen, römisch rechtlichen Grundsätze über die Theilbarkeit gemeinschaftlichen Eigenthums und das Verbot der Verabredung immerwährender Untheilbarkeit desselben in Deutschland bei den, auf uraltem historischem Grunde beruhenden, dem deutschen Rechte eigenthümlichen, Genossenschaften, wie sie in den sogenannten Realgemeinden und Markgenossenschaften sich darstellen, niemals Geltung erlangt haben; im Gegentheil der Charakter dieser Genossenschaften gerade in der Untheilbarkeit des meist durch Grundbesitz bedingten Miteigenthums und in dem fortdauernden Zwecke dieser Vereine sich ausspreche, in welche, ohne das Wesen der Genossenschaft zu ändern, stets Mitglieder ein- und austreten konnten, während die jeweiligen Mitglieder unter sich die Rechte einer Körperschaft gehabt haben, und weil endlich durch den Vertrag vom 3. April 1844 an dem Wesen des bis dahin bestandenen Genossenschaftsverhältnisses nichts geändert worden.[10]

Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 7. März 1854 in der Appellationssache F. c. W.

[10] Vergl. auch Reuffer, Zeitschrift Bd. I, S. 84.

Digitized by Google

Diese Grundsätze wurden indessen auch auf einen Fall angewendet, in welchem es sich um die Theilung des Eigenthums einer durch Vertrag begründeten, der Realgemeinde nachgebildeten, Genossenschaft handelte.

Im J. 1829 wurden die bis dahin zu S. bestandenen Brennholzgerechtigkeiten in der Weise abgelöst, daß den bisherigen Berechtigten gewisse Waldungen als Eigenthum zugeschieden wurden, wobei das Rechtsverhältniß der vormaligen Brennholzberechtigten bezüglich der Waldungen durch Vertrag vom 28. Dez. 1829 dahin festgestellt wurde, daß die Waldungen ungetheiltes gemeinschaftliches Eigenthum der vormaligen Berechtigten bleiben sollen. Im Jahre 1859 erhoben mehrere Theilhaber Klage auf Theilung des Waldes, wurden aber mit dieser Klage abgewiesen, von dem Obertribunal aus folgenden Gründen:

I. Der §. 3 des Vertrages vom 28. Dez. 1829 enthält die Bestimmung:

„Die Waldungen werden nicht Gemeinde-Eigenthum, sondern bleiben ungetheiltes gemeinschaftliches Eigenthum der früher Berechtigten, nach dem Verhältniß ihrer Bezüge."

Hiemit ist nicht bloß bestimmt, daß die Berechtigten selbst, und nicht die Gemeinde, Eigenthümer der Waldungen werden, sondern mit den Worten:

„bleiben ungetheiltes gemeinschaftliches Eigenthum der früher Berechtigten",

ist zugleich die Untheilbarkeit dieses gemeinschaftlichen Eigenthums festgesetzt worden.

Da diese Bestimmung das Verhältniß der einzelnen Miteigenthümer zu einander betrifft, so ist sie zugleich als eine unter ihnen selbst getroffene Vertragsbestimmung aufzufassen und ihr Grund ist darin zu suchen, daß die abgetretenen Waldungen dazu dienen sollten, den Berechtigten diejenigen jährlichen Brennholznutzungen, die sie bisher aus den Staatswaldungen anzusprechen hatten, auf die Dauer zu gewähren.

Nach Uebergabe der Waldungen haben die Berechtig-

Digitized by Google

ten (die nunmehrigen Eigenthümer) die Verwaltung der Waldungen dem Gemeinderath für je und alle Zeit übertragen, und dieser hat seither, theils allein, theils unter Zuziehung des Bürgerausschusses oder auch der sämmtlichen Berechtigten, die Verwaltung geführt.

Aus dem jährlichen Ertrage der Waldungen wurde zunächst dieselbe Klafterzahl, welche die Berechtigten vor dem Vertrage vom Jahre 1829 aus den Staatswaldungen bezogen hatten, zusammen 85$^{3}/_{4}$ Klafter, an die Berechtigten abgegeben, der Ueberschuß des Ertrages wurde theils zu gemeinschaftlichen Zwecken verwendet, theils unter die Berechtigten, nach Verhältniß ihrer Antheile, vertheilt. Unter Zugrundlegung der Gesammtzahl von 85$^{3}/_{4}$ Klaftern wurde das gesammte Recht in eine bestimmte unveränderliche Zahl von Theilrechten, nämlich von sogenannten Gerechtigkeiten von je 5 Klafter, zerlegt. Diese einzelnen Gerechtigkeiten und deren Bruchtheile waren Gegenstand des freien Verkehres und durch ihre Veräußerung wurde der Austritt und Eintritt der stets wechselnden Genossen vermittelt.

Hieraus ergibt sich, daß die vormaligen Holzberechtigten durch den Vertrag vom 28. Dezbr. 1829 und in Folge dieses Vertrages eine nach ihrem Zwecke und ihrer Organisation mit einer sogenannten Realgemeinde vollkommen gleichartige Genossenschaft errichtet haben. Auf solche dem deutschen Rechte eigenthümliche Genossenschaften findet aber der Grundsatz des römischen Rechtes, daß die Verabredung immerwährender Untheilbarkeit des gemeinschaftlichen Eigenthums rechtlich unwirksam sei, keine Anwendung.

Wenn auch eine solche Genossenschaft im einzelnen Falle nicht als eine Korporation, sondern als eine Gesellschaft von Miteigenthümern zu ideellen Theilen aufgeführt wird, so ist doch dieses Miteigenthumsverhältniß durch den auf die Dauer berechneten Zweck der Gemeinschaft in der Art modifizirt, daß die Befugniß des Einzelnen, die Aus-

Digitized by Google

ſcheidung ſeines Antheils zu verlangen, ausgeſchloſſen iſt, und daß er ſeinen Austritt aus der Gemeinſchaft nur im Wege der Veräußerung ſeines Antheils bewerkſtelligen kann.[11] Zwar hat die in S. beſtehende Genoſſenſchaft nicht in der früheren Gemeindeverfaſſung, ſondern lediglich in dem Vertrage vom Jahre 1829 ihren Urſprung, indem vor dieſem Vertrage unter den Holzberechtigten als ſolchen ein Gemeinſchaftsverhältniß überhaupt nicht beſtanden zu haben ſcheint. Allein, wenn bei den Realgemeinden, auch nachdem ſie rein privatrechtliche Genoſſenſchaften geworden ſind, der Grundſatz der Untheilbarkeit ihres Eigenthums in rechtlicher Geltung ſich erhalten hat, ſo muß auch die neue Errichtung einer denſelben nach gebildeten Genoſſenſchaft mit der gleichen rechtlichen Wirkung zuläſſig ſein.

Entſcheidung des Obertribunals vom 26. Juni 1865 in der Appellationsſache T. c. Gemeinde S.

8) Verträge Minderjähriger; Haftung derſelben im Falle der Bereicherung; Beweislaſt.

Nach der Beſtimmung des Landrechtes Thl. II. Tit. 26 §. 2, wie ſolche von dem Obertribunal ſtets ausgelegt worden, ſind die von einem Minderjährigen ohne Zuſtimmung des Vormunds geſchloſſenen Verträge (nicht bloß Veräußerungsverträge), wenn ſie dem Minderjährigen nachtheilig ſind, nichtig, wenn ſie aber dem Minderjährigen unnachtheilig ſind, zwar an ſich giltig, es iſt aber nur der Mitkontrahent des Minderjährigen, nicht auch dieſer an den Vertrag gebunden, und es hängt von dem Willen des letzteren ab, ob der Vertrag gelten ſoll, oder nicht.[12] So-

[11] Duncker, Geſammteigenthum S. 166, vergl. S. 51; Gerber, Zeitſchrift für Civilrecht (neue Folge) Bd. XXI, S. 207.

[12] Sarwey, Monatſchrift Bd. XIII, S. 294 ff.; Bd. XVI, S. 124 ff.; Tafel, Civilrechtsſpr. Bd. II, S. 88 ff.; Bd. VI, S. 334, 335; Hufnagel, Mitth. Bd. I, S. 531, 532; dieſes Archiv Bd. III, S. 174; vergl. Grieſinger, Komm. Bd. IV, S. 1089; Reinhardt, Komm. Bd. I, S. 364; Weishaar, württ. Privatrecht Bd. I, §. 269; Reyſcher, württ. Privatrecht Bd. III,

Digitized by Google

wohl im Falle der Nichtigkeit des Vertrages, als wenn der Minderjährige erklärt, solchen nicht gelten lassen zu wollen, ist derselbe jedoch zur Zurückerstattung dessen verbunden, um was er aus dem Vermögen seines Mitkontrahenten bereichert ist, da die Bereicherung in diesem Falle als eine ungerechtfertigte sich darstellt.[13] In Entscheidungsgründen des Obertribunals ist hierüber gesagt: daß ein Minderjähriger aus einem ohne Zustimmung seines Pflegers eingegangenen Rechtsgeschäfte nur insoweit verbindlich wird, als er dadurch bereichert ist, ist ein Satz, der in einer Reihe von Gesetzesstellen in Beziehung auf den Pupillen ausgesprochen ist — l. 5 D. de auct. et cons. tut. et cur. (26, 8); l. 3 §. 4, l. 6 pr., l. 37 pr. D. de neg. gest. (3, 5); l. 9, 10 D. de instit. act. (14, 3); l. 8 §. 15 D. ad. S. C. Vellej. (16, 1); l. 1 §. 15 D. depositi vel contra (16, 3); l. 15, 66 D. de solut et lib. (46, 3); l. 4 §. 4 D. de doli mal. et met. exc. (44, 4); l. 27 §. 1 D. de min. (4, 4) — was nach unserem vaterländischen Rechte auf Minderjährige überhaupt seine Anwendung findet. Auch muß die Bereicherung eine andauernde sein, d. h. das Gegebene muß entweder in seiner ursprünglichen Gestalt oder durch Verwandlung in ein besonderes Vermögensobjekt noch vorhanden sein und der entscheidende Zeitpunkt hierüber ist, wenn der Minderjährige belangt wird, die Streitbefestigung — l. 37 pr. §. 1 D. de neg. gestis (3, 5); l. 47 D. de solut. et lib. (46, 3); l. 34 pr. D. de min. (4, 4); l. 7 pr. §. 3, 4 D. de don. inter vir. et ux. (24, 1). —[14] Mag man

§. 618, S. 165; Hufnagel, Mitth. Bd. I, S. 57 ff., 530 ff.; Bd. II, S. 700; Römer in Sarwey's Monatschrift Bd. XVI, S. 115 ff.

[13] Vergl. Hufnagel, Mitth. Bd. I, S. 532; Tafel, Civilrechtsspr. Bd. II, S. 94, 95; Bd. VI, S. 335; Sintenis, Civilrecht (1. Ausg.) Bd. I, §. 17, S. 139; Windscheid, Pand. Bd. II, §. 423, Ziff. 1 u. 2.

[14] Savigny, System Bd. IV, S. 163, 177; Sell, Versuche im Gebiete des röm. Civilrechtes I, §. 9, 10, S. 23; Sintenis

nun die aus einem ungiltigen Rechtsgeschäfte mit einem Minderjährigen gegen denselben erhobene Klage als eine analoge (actio utilis) oder als eine Klage auf ein Haben ohne Grund (condictio sine causa) auffassen, so gehört zu ihrer Begründung eine Bereicherung des Minderjährigen, und die Beweislast hierüber ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu regeln. Nach solchen hat der Kläger die Bereicherung des Minderjährigen zu beweisen, welche z. B. bei einem Darlehen (ein solches stand im gegebenen Falle in Frage) schon darin liegt, wenn der Minderjährige solches erhalten hat, also dadurch ursprünglich eine Vermehrung seines Vermögens bewirkt worden ist. Wird von ihm die Aufhebung oder Verminderung dieser ursprünglichen Bereicherung durch spätere Thatsachen behauptet, wird von ihm behauptet, daß er das empfangene Geld verloren, verspielt, verschwelgt habe, so fällt eine solche Behauptung unter den Gesichtspunkt einer Einrede, deren Beweis ihm obliegt.[15] Dagegen fallen Zinse, welche der Minderjährige in Folge von Geschäften mit Dritten aus dem empfangenen Gelde bezogen, nicht unter den Begriff der Bereicherung — l. 15 §. 1; l. 16 D. de don. inter vir. et ux. (24, 1) —.[16]

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Mai 1865 in der Appellationssache R. c. T.

9) Umfang der Befreiung der Frauenspersonen von der Beweislast bei der condictio indebiti.

Von einem Gerichtshofe war ausgesprochen worden, daß nach der Bestimmung der l. 25 §. 1 D. de probat.

---

a. a. O.; Wächter, württ. Privatrecht Bd. II, S. 536, Note 67. — Nach Art. 328 vergl. mit Art. 325 der Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 ist nunmehr der Zeitpunkt der entscheidende, in welchem die Klage dem Beklagten mit der die Verhandlung einleitenden Verfügung zugestellt wird.

[15] Savigny, System Bd. IV, S. 163, 177; Sintenis, a. a. O. Bd. II, S. 534, Note 103.

[16] Sintenis, a. a. O. Bd. II, S. 532, Note 92.

Digitized by Google

(22, 3) Frauenspersonen zwar bei der Zurückforderung einer indebite geleisteten Zahlung von dem Beweise der Nichtschuld befreit seien, dieses Privilegium aber nicht genießen, wenn sie einen Schuldschein als indebite ausgestellt anfechten. Hiegegen wurde geltend gemacht, es liege kein Grund vor, jenes Privilegium der Frauen strikt auf die condictio indebiti (soluti) selbst zu beschränken, da jener gesetzliche Schutz der Frauen erfahrungsgemäß gegen die Ausstellung irrthümlicher Schuldbokumente weit mehr geboten sei, als gegen indebite geleistete Zahlungen. Das Obertribunal trat jedoch der Ansicht des Gerichtshofes bei und es besagen die Entscheidungsgründe hierüber: Allerdings findet nach den Gesetzen die condictio indebiti nicht bloß im Falle einer bezahlten Nichtschuld, sondern auch dann statt, wenn etwas indebite versprochen, eine Verbindlichkeit irrthümlich übernommen worden ist (condictio liberationis) — l. 15 §. 1, 2, l. 22 §. 1, l. 31. D. de cond. indeb. (12, 6); cst. 6 Cod. de juris et facti ign. (1, 18); l. 3 Cod. de cond. indeb. (4, 5) — und stehen daher das indebite solutum und indebite promissum hinsichtlich der Anfechtbarkeit einander völlig gleich: cum et soluta indebita quantitas ab ignorante repeti possit, multo facilius quantitatis indebite interpositae scripturae condictio competit, vel doli exceptio agenti opponitur. cst. 3 Cod. de cond. indeb. (3, 5).[17] Allein, wenn nun auch hienach in Betreff der allgemeinen bei Anstellung der condictio indebiti geltenden Rechtsgrundsätze ein Unterschied bezüglich der Anfechtbarkeit des indebite solutum und des indebite promissum gesetzlich nicht besteht, so folgt doch hieraus noch keineswegs, daß wenn bei ersterem — dem indebite solutum — das Gesetz hinsichtlich des Beweises der Nichtschuld eine bestimmte Klasse von Personen (worunter auch die Frauen) von der dem

[17] Savigny, System Bd. III, S. 461—462, Bähr, die Anerkennung S. 93, 98.

Digitized by Google

Zurückfordernden, als Kläger, der Regel nach obliegenden Beweislaſt befreit, die gleiche Befreiung auch bei dem indebite promissum einzutreten habe, da dieſe Befreiung von der Beweislaſt als ein jus singulare, vermöge ſeiner Natur als Ausnahme-Beſtimmung von den allgemeinen für Jedermann geltenden Rechtsgrundſätzen, nur auf den im Geſetze ſelbſt ſpeziell bezeichneten Fall, für welchen ſie gegeben iſt, Anwendung finden, niemals aber auf weitere Fälle ausgedehnt werden kann, auch ſelbſt dann nicht, wenn etwa für letztere die Gleichheit der ratio ſprechen ſollte. Es muß dieß hier um ſo gewiſſer gelten, als das betreffende Geſetz ſelbſt die Ausdehnung der bei der condictio indebiti soluti für eine beſtimmte Klaſſe von Perſonen ausgeſprochene Befreiung von der Beweislaſt auf den Fall des indebite promissum dadurch beſtimmt ausgeſchloſſen hat, daß es die verſtattete Befreiung auf den Fall des indebite solutum mit den Worten: „sed haec ubi de solutione indebiti quaestio est“ ausdrücklich beſchränkte und für den hier vorliegenden Fall eines angeblich indebite ausgeſtellten Schuldſcheins in Abſicht auf den Beweis der Nichtſchuld beſtimmte, unbedingt und ausnahmslos geltende Vorſchriften ertheilte. — l. 25 D. de probat. (22,3.) —

Entſcheidung des K. Obertribunals vom 6. Juni 1865 in der Appellationsſache G. c. Sch. [18]

10) Schadenerſatz wegen gebrochenen Eheverlöbniſſes; Altersungleichheit der Verlobten.

Die Wittwe K. von K. hatte ſich am 13. April 1861 mit dem um 13 Jahre jüngeren Schneider R. von B. verlobt und war auch in Folge deſſen im Mai 1861 in das Haus des Bräutigams nach B. gezogen, wo ſie ſich etwa $^1/_2$ Jahr aufhielt. Die beabſichtigte Heirath kam jedoch nicht zu Stande, da Streitigkeiten unter den Brautleuten entſtan-

[18] Vergl. Seuffert, Archiv Bd. XVIII, No. 254.

Digitized by Google

den, so daß, als die Wittwe K. Schritte zur Erlangung der Dispensation von der Altersungleichheit einleitete, der Bräutigam dem entgegen um Aufhebung des Verlöbnisses bat, weil die Wittwe K. eine streitsüchtige eifersüchtige Person sei, mit der man nicht auskommen könne. Der ehegerichtliche Senat des betreffenden Gerichtshofes reskribirte am 19. Dezember 1861, daß bei der Weigerung des R., das Eheverlöbniß festzuhalten, dem Dispensationsgesuche nicht entsprochen werden könne, während es anderer Seits einer Aufhebung desselben nicht bedürfe, da das Verlöbniß nur unter der Bedingung der erfolgenden Dispensation von dem Eheverlöbniß der Altersungleichheit habe eingegangen werden können, diese Bedingung aber nicht eingetreten sei. Nun erhob die Wittwe K. eine Schadenersatzforderung von 200 fl. gegen R., weil sie auf Drängen desselben und um ihn ehelichen zu können, ihr Anwesen in K. unter dem wahren Werthe veräußert und hiedurch in Folge des Rücktritts des Beklagten von dem Verlöbniß einen Schaden von 200 fl. erlitten habe. Diese Klage wurde als unbegründet abgewiesen, von dem Obertribunal aus dem Grunde, weil der Beklagte durch den einseitigen Rücktritt von einem Eheverlöbnisse, das wegen des den Parteien wohl bekannten Ehehindernisses der Altersungleichheit nur durch Dispensation von Seite des Ehegerichtes hätte Geltung erlangen können, keine rechtswidrige Handlung begangen habe. Eine derartige Ehe sei gesetzlich nur im Falle der Ertheilung der Dispensation gestattet, und es finde zuvor eine amtliche Abmahnung der Nupturienten von ihrem Vorhaben statt. Hienach sei vor erfolgter Dispensation jeder der Nupturienten berechtigt, von seinem gesetzlich mißbilligten Verehelichungsvorhaben abzustehen, und es sei unerheblich, ob der Entschluß zum Rücktritt in Folge ehegerichtlicher Dehortation, oder ohne eine solche aus eigenem Antrieb erfolge. — Es können sonach aus der Thatsache des Rücktritts von einem derartigen Verlöbnisse an sich keine Schadensersatzansprüche von Seiten des andern Theiles rechtlich

Digitized by Google

abgeleitet werden. Sollte daher auch die Veräußerung ihres Anwesens von Seite der Klägerin unter der Voraussetzung des Zustandekommens der projektirten Heirath oder auf Betreiben der Beklagten ins Werk gesetzt und sollte hiedurch wirklich der Klägerin ein Schaden entstanden sein, so falle ein solcher nicht dem Beklagten, sondern der Klägerin, welche voreilig gehandelt habe, zur Last.

Entscheidung des Obertribunals vom 22. Juni 1865 in der Appellationssache K. c. R.

11) Zur Frage vom Erziehungsrechte der Eltern nach getrennter Ehe. [19]

Nach der Trennung einer Ehe durch Scheidung hatte der inzwischen in eine andere Ehe getretene Ehemann gegen seine abgeschiedene Ehefrau Klage auf Herausgabe des von ihm in der geschiedenen Ehe mit letzterer erzeugten Kindes, eines Mädchens unter sieben Jahren, erhoben. Diese Klage wurde abgewiesen und es besagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals hierüber: Der Regel nach ist ein Kind bis zum siebenten Lebensjahre bei der Mutter zu belassen. [20] Es sprechen überwiegende Gründe dafür, daß für das Wohl des Kindes, welche Rücksicht auch im Falle erfolgter Trennung der Ehe durch Scheidung den wesentlichsten Entscheidungsmoment bildet, [21] besser gesorgt ist, wenn dasselbe bis zu jenem Zeitpunkte bei der Mutter verbleibt. Es liegt schon in der Natur der Sache, daß ein Kind in solch zartem Alter weiblicher Pflege bedarf und bei der Mutter besser versorgt ist, als beim Vater; dieß trifft in erhöhtem Maße zu bei einem Kinde weiblichen Geschlechtes. Hiegegen kann der Umstand, daß der Kläger sich in neuerer Zeit wieder verheirathet hat, nicht in Betracht kommen, da von einer Stiefmutter sich die Liebe zu dem Kinde und diejenige Sorge für dessen Wohl nicht er-

---

[19] Dieses Archiv Bd. IV, S. 429 ff.

[20] Ebendaselbst S. 432, 433.

[21] Ebendaselbst S. 430, 434, 435, 436.

Digitized by Google

warten läßt, wie von der leiblichen Mutter; im Gegentheil würden dadurch, daß das Kind von einer, zumal am gleichen Orte mit der leiblichen Mutter wohnenden, Stiefmutter erzogen und verpflegt würde, Verwickelungen entstehen, welche auf das Wohl des Kindes nur nachtheilig wirken könnten. Da nun der Kläger entfernt nicht zu behaupten vermochte, daß das Kind von der Mutter nicht gut verpflegt und erzogen würde, auch an deren Fähigkeit zur Erziehung des Kindes nach den Zeugnissen des Gemeinderaths und Pfarramts nicht zu zweifeln ist, so war dem erhobenen Anspruch auf Herausgabe des Kindes zur Zeit nicht statt zu geben.

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Juni 1865 in der Appellationssache H. c. R.

12) In der Unterlassung einer Eventualtheilung auf Absterben des Ehemannes liegt ein Verzicht der Wittwe auf Anrufung der weiblichen Freiheiten.[22]

Hierüber ist in Entscheidungsgründen des Obertribunals gesagt:

Durch die Umgehung der Eventualtheilung auf Absterben des Ehemannes wurde von der Wittwe mit ihren Kindern in Beziehung auf das vorhandene Vermögen ein Gemeinschaftsverhältniß begründet, welches demjenigen zur Zeit des Bestandes der Ehe analog ist. Wie nun das ganze aktive Vermögen der beiden Ehegatten in diese neue Gemeinschaft hereinbezogen wurde, so muß dieselbe auch für die Schulden einstehen, die darauf ruhten, da sich Niemand die Vortheile einer Sache aneignen kann, ohne die damit verbundenen Nachtheile zu übernehmen.[23] Der Wittwe konnte dieses um so weniger verborgen bleiben, als sie durch die Umgehung der Eventualtheilung die Anhaltspunkte für eine Unterscheidbarkeit des von dem Ehe-

[22] Vergl. dieses Archiv Bd. XII, S. 257 ff.

[23] l. 10. D. d. reg. juris (50, 17).

Digitized by Google

mann hinterlassenen Vermögens und für eine Exekution in dieses Vermögen verwischt hat, und sich sagen mußte, daß, indem sie eine rechtspolizeilich nicht allein im Interesse der Erben, sondern auch der Erbschaftsgläubiger, vorgeschriebene Kautel vereitelte, sie den letzteren der möglichen Nachtheile wegen, welche dieser Schritt im Gefolge habe, zu ihrem Theile einzustehen verbunden sei. Hieraus folgt aber, daß in dem Entschlusse der Unterlassung einer Eventualtheilung und der hieran sich knüpfenden Fortführung einer unabgetheilten Vermögensgemeinschaft mit den Kindern eine Uebernahme der ehelichen Gesellschaftsschulden auf die neue Gemeinschaft zu finden ist, und daß mithin bei der Betheiligung des überlebenden Gatten an dieser neuen Gemeinschaft zu der ursprünglichen durch das eheherrliche Verwaltungsrecht begründeten Haftbarkeit ein weiterer Schuldtitel, der der freiwilligen Uebernahme und Anerkennung durch die Wittwe hinzugetreten ist, welchem gegenüber ihr die Anrufung der weiblichen Freiheiten um deßwillen nicht zustehen kann, weil diese Rechtswohlthat lediglich den Schutz gegen die durch die Handlungen des Ehemannes entstandenen, nicht aber gegen solche Verbindlichkeiten bezweckt, welche die Ehefrau selbsthandelnd mit übernommen hat, sei es nun, daß sie schon ursprünglich mit dem Manne kontrahirt, oder den Willen der Uebernahme der durch den Mann kontrahirten Verbindlichkeit nachträglich kund gegeben hat. [24]

Entscheidung des Obertribunals vom 5. Mai 1865 in der Appellationssache S. c. N.

13) Zur giltigen Bestellung eines Pflegers (Vormunds und Vermögensverwalters) gehört dessen eidliche Verpflichtung.

In der württembergischen Gesetzgebung ist von alter Zeit her bei der Bestellung eines Pflegers dessen eidliche

[24] Pfizer, Rechte u. Verb. der Weiber S. 301, 302; Gmelin, Ordnung der Gläubiger S. 752, 755; Weishaar, württ. Privatrecht Bd. III, §. 161, 162; dieses Archiv, Bd. III, S. 143.

Verpflichtung stets als ein nothwendiges Requisit betrachtet worden.

In der der Landesordnung von 1569 einverleibten Pupillenordnung (Tit. 34, S. 76, 77) ist der Eidesvorhalt vorgeschrieben, auf welchen jeder Pfleger in Pflichten genommen werden soll. In dem Generalreskript vom 22. Juni 1776 wurde bestimmt, daß der mit demselben publizirte „Staat und Unterricht für Vormünder" jedem Pfleger bei seiner Verpflichtung zugestellt werden soll. Der Staat und Unterricht selbst enthält im §. 2: Der Pfleger solle mittelst Angeloben an Eidesstatt sich bestätigen lassen.[25] Ebenso ist in der K. Verordnung vom 19. Juni 1808, die Behandlung der Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit betreffend, §. 15 Abs. 3 und 4 den Magistraten aufgetragen, die Pfleger und Vormünder für Unmündige, Minderjährige zu bestellen und durch Angeloben an Eidesstatt zu verpflichten, mit der Weisung, bei der Verpflichtung dafür zu sorgen, daß Jedem ein Exemplar des gedruckten Staats und Unterrichts vom 22. Juni 1776[26] zu seiner Nachachtung zugestellt werde.[27] Das Notariatsedikt vom 29. August 1819 §. 5 übertrug dem Waisengerichte, als einem im beständigen Auftrag des Gemeinderathes handelnden Ausschuß desselben, bei Besorgung der Erbschaftstheilungen im Interesse der Förderung jener Rechtsgeschäfte die hiezu erforderliche Bestellung und zugleich Verpflichtung der Pfleger, deren Bestätigung übrigens dem Gemeinderathe vorbehaltend.[28] Die Bestim-

[25] Reyscher, Gesetzessammlung Bd. VI, S. 604, 606.

[26] An dessen Stelle nun die in Gemäßheit K. Entschließung vom 23. Juni 1843 durch Verfügung des K. Justizministeriums vom 26. desselben Monats bekannt gemachten „Vorschriften für Pfleger (Vormünder und Vermögensverwalter)" getreten sind, welche aber über die Verpflichtung des Pflegers nichts enthalten.

[27] Reg.Blatt v. 1808 S. 325, 326; Reyscher, Gesetzessammlung Bd. VII, Abth. 1 S. 155.

[28] Reg.Blatt v. 1819 S. 563; Reyscher, Gesetzessammlung Bd. VII, Abth. 1 S. 858, 859; vergl. hiezu die Vollzugsverordnung

Digitized by Google

mung des Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843 Art. 16 ist im Wesentlichen hiemit gleichlautend. [29]

Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen, wonach gleichförmig die mit Eidesvorhalt und Belehrung verbundene eidliche Verpflichtung der Pfleger vorgeschrieben wurde, ergibt sich, daß die eidliche Verpflichtung der Pfleger als ein unzertrennlicher und wesentlicher Bestandtheil der obrigkeitlichen Bestellung, beziehungsweise Bestätigung derselben betrachtet werden muß, und es geht dieß insbesondere in prägnanter Weise aus den Worten des Staates und Unterrichts für Vormünder: „Die Pfleger haben mittelst Angelobens an Eidesstatt sich bestätigen zu lassen" hervor, sofern hier jedenfalls der Schlußakt der obrigkeitlichen Bestätigung der Pfleger in deren eidliche Verpflichtung gesetzt und die Verpflichtung mit der Bestätigung eigentlich identifizirt wird.

Der Art. 16 des Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843, worauf dafür Bezug genommen wurde, daß schon die bloße Aufstellung eines Pflegers durch das Waisengericht, ohne daß noch die gemeinderäthliche Bestätigung hinzugekommen wäre, den Pfleger befähige, mit rechtlicher Wirkung zu handeln, dient nur wiederum zum Belege dafür, daß die eidliche Verpflichtung durchaus als wesentliche Voraussetzung der Handlungsfähigkeit des Pflegers mit der Wirkung, den Pflegling zu verpflichten, betrachtet wurde. In jenem Gesetzesartikel wurde in der Rücksicht, daß sich häufig erst beim Beginne oder im Laufe von Verlassenschaftstheilungen die Nothwendigkeit von Pflegerbestellungen ergebe, um die Errichtung solcher Geschäfte nicht zu unterbrechen und aufzuhalten, den Waisengerichten die ausnahmsweise Ermächtigung ertheilt, für derartige bei ihnen anhängige Geschäfte die erforderlichen Pfleger zu bestellen. Aus-

---

vom 24. Mai 1826 §. 4, Reg.Blatt S. 278, Reyscher, a. a. O. Bd. VII, Abth. 2 S. 1646, 1647.

[29] Reg.Blatt von 1843 S. 383.

Digitized by Google

drücklich wurde ihnen aber für diesen Fall aufgegeben, die Vormünder mit der Bestellung zugleich mittelst Angelobens zu verpflichten, und nur von den in dieser Weise bestellten Vormündern und Vermögensverwaltern ist bestimmt, daß deren kraft der waisengerichtlichen Bestellung vorgenommene Handlungen, auch wenn der Gemeinderath die ihm vorbehaltene Bestätigung verweigern sollte, bei Kräften bleiben.

Auch wenn derselbe Pfleger früher schon anderweite Pflegschaften besorgt hat und für jene in Pflichten genommen worden ist, bedarf es bei der Bestellung zum Pfleger einer anderen Person einer abermaligen Verpflichtung und es genügt in einem solchen Falle nicht an der bloßen Hinweisung auf die früher beschworenen Pflichten. Denn eine Verweisung auf eine frühere Verpflichtung ist nur in dem Falle gesetzlich gestattet, wenn ein Vormund eines bestimmten Pflegbefohlenen bisher nur zur Vornahme gewisser Handlungen verpflichtet war und demselben späterhin von dem Gemeinderathe die allgemeine Vertretung desselben Betheiligten übertragen wird (Art. 17 Abs. 2 des Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843).

Die eidliche Verpflichtung der Pfleger, womit das Gesetz neben der Kognition der obrigkeitlichen Behörde über die Tauglichkeit der Person, eine weitere Garantie zur Sicherung der Pflegebedürftigen schaffen wollte, muß also nach dem bisherigen als ein unerläßlicher, wesentlicher Bestandtheil des Aktes der obrigkeitlichen Bestellung, beziehungsweise Bestätigung der Pfleger angesehen werden, und eine Ernennung oder Bestätigung eines Pflegers ohne Eidesvorhalt und Verpflichtung kann, als ein wesentlich mangelhafter, die präzeptiven Vorschriften des Gesetzes hintansetzender Akt, nicht als die gesetzlich vorgezeichnete obrigkeitliche Pflegerbestellung gelten und ist die Verwaltung eines so bestellten Pflegers einer nicht obrigkeitlich bestätigten Pflegschaftsführung gleich zu achten.

Die Handlungen eines Nichtvormunds, und diesen stehen die Handlungen eines Vormunds vor seiner Bestä-

Digitized by Google

tigung und Verpflichtung gleich, sind aber für den Pflegling ohne verbindliche Kraft. [30]

Entscheidung des Obertribunals vom 15. April 1865 in der Appellationssache der E.'schen Ehefrau c. A.

14) Ersatzpflicht des Pflegers im Falle des Verlustes der von ihm ausgeliehenen Gelder.

Der Pfleger eines Minderjährigen hatte aus dem von ihm verwalteten pflegschaftlichen Vermögen die Summe von 250 fl. gegen Verfaustpfändung einer unterpfändlich gesicherten Forderung des Schuldners hingeliehen, hievon jedoch weder den Schuldner der verpfändeten Forderung benachrichtigt, noch die erforderlichen Schritte zur Erwirkung des Eintrags im Unterpfandsbuche gethan. Die Folge hievon war, daß der Schuldner der verpfändeten Forderung an den Darlehensschuldner der Pflegschaft, als seinen Gläubiger, die Schuld rechtsgiltig bezahlte. Der Darlehensschuldner der Pflegschaft aber gerieth bald darauf in Gant und es fiel die Forderung der Pflegschaft in demselben vollständig durch. Dieß veranlaßte den inzwischen volljährig gewordenen vormaligen Pflegling, gegen seinen vormaligen Pfleger eine Klage auf Ersatz seines Verlustes zu erheben, welche darauf gestützt wurde, daß der Pfleger die ihm als solchem obgelegene Sorgfalt bei Ausleihung des fraglichen Postens nicht beobachtet und dadurch den Verlust des Kapitals verschuldet habe. Die Klage wurde für begründet erkannt und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe: Pflegschaftliche Gelder dürfen nur nach Maßgabe der hiefür bestehenden gesetzlichen Bestimmungen ausgeliehen werden; werden diese Bestimmungen nicht beobachtet und entsteht durch deren Nichtbe-

---

[30] l. 2 D. de eo qui pro tutore, (27, 5); l. 1 §. 5 D. quod falso tutore (27, 6); Stein, über Vormundschaften §. 60 S. 161; Höpfner, Kommentar über die Instit., 8. Ausg., §. 180 S. 158; Lauterbach, Coll. Pand. L. XXXI, Tit. 7 §. 5; Seuffert, Pand., 3. Aufl., §. 499, 512.

Digitized by Google

obachtung ein Nachtheil für den Pflegling, so hat der Pfleger hiefür Ersatz zu leisten. (Staat und Unterricht für Vormünder vom 28. Juni 1776 Kap. III §. 16a; Vorschriften für Pfleger vom 26. Juni 1843 §. 1) Nun darf nach den Bestimmungen des württembergischen Rechtes ein Pfleger pflegschaftliche Gelder zwar auch gegen Verfaustpfändung von durch Unterpfänder im zweifachen Werthsbetrage versicherten Privatkapitalien ausleihen. (Staat und Unterricht von 1776 Kap. III §. 16; Gesetz vom 27. Nov. 1833, betr. das bei Anlegung pflegschaftlicher Gelder erforderliche Maß von Sicherheit Art. 1; Vorschriften für Pfleger von 1843 §. 26.); es versteht sich dieß jedoch unter der Bedingung der Einhaltung der für die wirksame Verpfändung von unterpfändlich gesicherten Aktivforderungen bestehenden gesetzlichen Vorschriften. Zu diesen Vorschriften gehört aber die im Art. 248 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 vorgeschriebene Benachrichtigung des Schuldners des Verpfänders von der Verpfändung und die im Art. 84 desselben Gesetzes zur Sicherung der Rechte des Faustpfandgläubigers vorgeschriebene Erwirkung der Eintragung der Verpfändung in das Unterpfandsbuch. Nur durch die Befolgung dieser Vorschriften ist die Wirksamkeit der Verpfändung gesichert, während im Falle ihrer Nichtbeachtung die verpfändete Schuld mit der Wirkung der Befreiung des Schuldners an den ursprünglichen Gläubiger abgetragen werden und dadurch die Verpfändung völlig vereitelt werden kann. Gerade dieß ist aber in vorliegendem Falle geschehen. Der Beklagte hat unterlassen, nachdem er unter dem 11. Nov. 1864 als Pfleger des Klägers an Carl A. die Summe von 250 fl. gegen Verfaustpfändung einer Pfandforderung des A. gegen den Amtsdiener K. hingeliehen, den letzteren zu benachrichtigen und den Eintrag im Unterpfandsbuche zu bewirken, es ist in Folge dessen die verpfändete Schuld von K. an A. heimbezahlt worden und schließlich im Gante des A. die Darlehensforderung der Pflegschaft von 250 fl. durchgefallen. Dieser

Digitized by Google

Verlust wäre vermieden worden, wenn die gesetzlichen Vorschriften bei der Verpfändung befolgt worden wären, ihre Nichtbeobachtung durch den Pfleger ist somit der Grund des Verlustes und es hat daher dieser dem Kläger für den Verlust aufzukommen. Die bloße Meinung des Beklagten, daß die Pfandschuld ohne Zurückgabe des in seinen Händen befindlichen Pfandscheines nicht werde heimbezahlt werden, ist keine Entschuldigung der Vernachlässigung der dem Beklagten als Pfleger obliegenden Verpflichtung zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften.

Entscheidung des Obertribunals vom 1. Juni 1869 in der Berufungssache K. c. Sch.

15) Einklagung von zur Gantmasse gehörigen illiquiden Aktivposten durch den Gemeinschuldner.

Durch den Gant geht das Vermögen des Gemeinschuldners nicht dem Rechte, sondern nur der Disposition nach auf die Gläubiger über, und auch diese Disposition begreift kein Verfügungsrecht nach Willkühr und Belieben, sondern lediglich die Befugniß, die vorhandenen Aktivmittel in der gesetzmäßigen Weise und nach Art eines sorgfältigen Hausvaters zum Zwecke der eigenen Befriedigung zu verwerthen. Hieraus folgt, daß es zur Legitimation des Gemeinschuldners, einen zu seiner Gantmasse gehörigen bestrittenen Aktivposten einzuklagen, keiner Rückübertragung seiten der Gläubiger bedarf, sondern daß das Recht des Gemeinschuldners von selbst eintritt, wenn und soweit die Gläubiger es verschmähen, einen Vermögenstheil zu ihrer Befriedigung zu benützen; und daß ferner für das Recht des Gemeinschuldners, einen bestrittenen Vermögenstheil durch Klageerhebung flüssig zu machen, im Gegensatz zu dem Rechte, das Gewonnene für sich zu behalten, es daran genügen muß, daß die Gläubiger selbst sich dieser Einklagung thatsächlich nicht unterzogen haben, indem der Gemeinschuldner ein bestimmtes Recht und Interesse daran hat,

Digitized by Google

die Summe seiner Schulden durch Beitreibung aller von ihm für einbringlich gehaltenen Vermögenstheile zu vermindern, und andererseits das Recht und Interesse der Gläubiger vollkommen gewahrt ist durch deren Befugniß und beziehungsweise die Obliegenheit des Gantgerichtes, dasjenige, was der Gemeinschuldner erstreitet, zu gantmäßiger Vertheilung zu reklamiren.

Entscheidung des Obertribunals vom 13. Juni 1844 (bei Seuffert, Archiv Bd. III, Nro. 245) und vom 5. Mai 1865 in der Appellationssache S. c. N.

16) Die Rechtswohlthat der Kompetenz des Gemeinschuldners.

Am 22. Febr. 1866 war gegen Martin H. von M. für den Fall, daß kein Borg- oder Nachlaßvergleich zu Stande käme, der Gant erkannt worden. Derselbe wurde jedoch dadurch erledigt, daß am Schlusse der Schuldenliquidation vom 23. April 1866 zwischen dem Gemeinschuldner und seinen Gläubigern ein Borg- und Nachlaßvergleich zu Stande kam, wodurch dem Ersteren sein ganzes Vermögen an Liegenschaft, Fahrniß und Aktiven belassen wurde, und er dagegen unter Bürgschaft mehrerer Verwandten sich verbindlich machte, die Gläubiger der ersten und zweiten Klasse vollständig baar zu befriedigen, den Gläubigern der fünften Klasse aber 40 Proz. ihrer Forderungen zu bezahlen. Schon im November 1866 trat nun aber ein weiterer Gläubiger, dessen Forderung schon aus der Zeit vor Abbruch des Gantes herrührte, gegen Martin H. klagend auf und verlangte vollständige Befriedigung seiner Forderung. Dieser Klage stellte der Beklagte H. die Einrede der Kompetenz entgegen, welche er darauf gründete, daß er im Jahre 1866 ohne sein Verschulden in Gant gerathen und inzwischen nicht wieder in bessere Vermögensumstände gekommen, daher durch die Rechtswohlthat der Kompetenz gegen einen Wiederangriff seiten seiner Gläubiger geschützt sei. Allein die Einrede wurde in allen

Digitized by Google

Instanzen abgewiesen, von dem Obertribunal aus folgenden Gründen:

Nach den Grundsätzen des römischen Rechtes steht nur demjenigen ohne seine Schuld zahlungsunfähig gewordenen Schuldner, welcher in Folge seiner Zahlungsunfähigkeit von der Rechtswohlthat der Güterabtretung Gebrauch gemacht und demgemäß seinen Gläubigern zum Behufe ihrer Befriedigung sein Vermögen freiwillig abgetreten hat, in Beziehung auf sein später erworbenes Vermögen die Rechtswohlthat der Kompetenz gegen die aus der Zeit vor der Vermögensabtretung herrührenden Forderungen zu. — §. 40 J. de act. (4, 6); l. 4 pr. D. de cess. bon. (42, 3); cf. l. 6, 7 D. eod; cst. 3 Cod. de bon. auct. jud. poss. (7, 72.) — Nun haben zwar diese Grundsätze durch ein feststehendes Gewohnheitsrecht insofern eine Erweiterung erfahren, als dieselben heutzutage auch auf von Amtswegen eingeleitete Konkurse angewendet werden und bezüglich der Zulassung zu der Rechtswohlthat der Kompetenz nicht unterschieden wird, ob Jemand sich selbst für zahlungsunfähig erklärt und sein Vermögen freiwillig seinen Gläubigern abgetreten hat, oder ob der Konkurs gegen den Willen des Schuldners eingeleitet und ihm sein Vermögen durch gerichtliche Verfügung entzogen und zur Befriedigung seiner Gläubiger verwendet worden ist. Allein immer wird vorausgesetzt, daß das Vermögen des Schuldners, sei es durch freiwillige Abtretung, sei es durch gerichtlichen Zwang, dem Schuldner entzogen und zur Befriedigung der Gläubiger verwendet worden ist. Trifft dieß nicht zu, so findet auch nach den Grundsätzen des heutigen Rechtes die Rechtswohlthat der Kompetenz nicht statt.[31]

---

[31] Tafel, Civilrechtsspr. Bd. I, S. 354; Sarwey, Monatschr. Bd. II, S. 216 ff., Bd. XV, S. 86, Bd. XVIII, S. 346, 347, 348; Bayer, Konkursprozeß, 2. Aufl.. §. 26, S. 71; Bolley, Entw. u. Anträge Bd. II, S. 241; Seuffert, Archiv Bd. XIX, Nro. 208, Bd. III, Nro. 253; Richter, Aufs. S. 249.

Digitized by Google

Nun ist zwar gegen den Beklagten unter dem 22. Febr. 1866 für den Fall, daß kein Borg- und Nachlaßvergleich zu Stande käme, der Gant erkannt und auch ein Verkauf der Liegenschaft zu Gunsten der Gläubiger versucht worden. Allein der Gant hat durch einen Nachlaßvergleich zwischen dem Beklagten und seinen Gläubigern vom 23. April 1866 seine Erledigung gefunden und es ist dem Beklagten durch diesen Vergleich, gegen das verbürgte Versprechen der Zahlung der Forderungen I. und II. Klasse und bestimmter Prozente der Forderungen V. Klasse sein gesammtes Vermögen von seinen Gläubigern belassen worden. Es fehlt daher an einer wesentlichen Bedingung der Rechtswohlthat der Kompetenz und es ist demzufolge die hierauf gegründete Einrede zu verwerfen. Der Beklagte hat in der vorigen Instanz zwar geltend gemacht, daß er sein Vermögen durch den Vergleich mit seinen Gläubigern erst wieder erworben habe und sein jetziges Vermögen daher als ein neu erworbenes zu betrachten sei. Allein eine Entziehung seines Vermögens hatte niemals stattgefunden, es war ihm nur die Dispositionsbefugniß entzogen gewesen und nur diese ist ihm durch den Vergleich zurückgegeben worden. Daß dem Schuldner sein Vermögen behufs der Befriedigung seiner Gläubiger entzogen worden, ist aber, wie gezeigt, eine wesentliche Voraussetzung, um den Schuldner der Rechtswohlthat der Kompetenz theilhaftig zu machen, während der Zweck des Vergleiches vom 23. April 1866 gerade umgekehrt dahin ging, dem Beklagten sein gesammtes Vermögen zu erhalten und ein Gantverfahren zu umgehen.

Entscheidung des Obertribunals vom 28. Juni 1869 in der Appellationssache H. c. K.

Digitized by Google

B. Civilprozeß.

17) Aufhebung der über das Vermögen eines Verschollenen angeordneten Kuratel. Kompetenz.

Mathäus Sch. von W. war seit längerer Zeit verschollen und sein Vermögen in Folge dessen in pflegschaftliche Verwaltung gestellt worden. Die Aufhebung dieser Kuratel und Herausgabe des Vermögens wurde von einem angeblichen Bevollmächtigten des seither verschollenen, angeblich in Highland, Staat Illinois in Nordamerika befindlichen Sch. beantragt, von dem Gemeinderath, sowie von dem Oberamtsgericht W. aber in ihrer Eigenschaft als Vormundschaftsbehörden verweigert, weil sie den Nachweis vermißten, daß der Antrag auch wirklich von dem bisher Verschollenen selbst ausgegangen sei. Nun suchte der angebliche Bevollmächtigte des Verschollenen die Vermögensausfolge auf dem Civilrechtswege durchzusetzen, indem er den Kurator mittelst gerichtlicher Klage auf Ablegung ordnungsmäßiger Rechnung und auf Ausfolge des Vermögens belangte. Diese Klage wurde jedoch wegen Unzulässigkeit des Civilrechtsweges abgewiesen und in dem diese Abweisung beharrenden Bescheide des Obertribunals dießfalls gesagt:

Die Aufhebung der über das Vermögen eines Verschollenen angeordneten Kuratel und die Ermächtigung des Kurators zur Ausfolge des Vermögens gehört ebenso, wie die Anordnung einer solchen Kuratel, in das Gebiet der nicht streitigen Gerichtsbarkeit und zum Geschäftskreis der Vormundschaftsbehörden. Die Vormundschaftsbehörde war daher die zuständige Behörde, welche über den im Namen des Verschollenen gestellten Antrag auf Ausfolge des Vermögens zu entscheiden hatte. Hiebei hatte sie die Identität des Antragstellers mit dem Verschollenen, beziehungsweise die Legitimation seines Bevollmächtigten, also die Aechtheit der aus Amerika eingelaufenen Briefe des Verschollenen,

Digitized by Google

in welchen die Vermögensausfolge beantragt war, sowie die Aechtheit der angeblich von dem Verschollenen ausgestellten Vollmacht von Amtswegen zu prüfen, und wenn sie die Aechtheit dieser Urkunden beanstanden zu müssen glaubte, so war sie kraft der ihr obliegenden Rechtsfürsorge berechtigt und verpflichtet, die Ausfolge des Vermögens zu verweigern und die Kuratel bis auf Weiteres fortdauern zu lassen. Der Gemeinderath und das Oberamtsgericht haben daher, indem sie aus diesem Grunde den Antrag auf Vermögensausfolge zurückwiesen, innerhalb ihrer Zuständigkeit gehandelt. Die Voraussetzungen einer streitigen Civilrechtssache sind hier nicht vorhanden. Denn es steht dem Antragsteller nicht ein bestimmter Dritter gegenüber, welcher seinen Anspruch auf das in Verwaltung befindliche Vermögen bestreitet und selbst Anspruch auf dasselbe macht und aus diesem Grunde gegen die Ausfolge des Vermögens an jenen Einsprache erhebt; sondern der angebliche Verschollene ist als einziger Prätendent aufgetreten und es hat nur diejenige Behörde, welche in dieser, zur Sache der nicht streitigen Sachen gehörigen Angelegenheit die Gerichtsbarkeit auszuüben hatte, die vor ihr zu liefernden, die Identitäts- und Legitimationsfrage betreffenden Nachweise nicht für genügend erachtet, um dem Antrag auf Vermögensausfolge entsprechen zu können. Der Kurator aber handelt nur als Organ der zuständigen Behörde und vollzieht nur die von dieser getroffene Verfügung, indem er die Verwaltung des Vermögens so lange fortsetzt, bis er zur Ausfolge desselben ermächtigt wird. Durch die Verwaltung werden allerdings privatrechtliche Ansprüche des Kuranden gegen den Kurator, insbesondere der Anspruch auf Rechnungsablegung und Herausgabe des verwalteten Vermögens begründet. Allein die dem Kuranden zur Verfolgung dieses Anspruchs zustehende Klage dient nicht dazu, um die von der Vormundschaftsbehörde verweigerte Aufhebung der Kuratel auf dem Civilrechtswege zu erzwingen, sondern diese Klage setzt voraus, daß die Kuratel beendigt

Digitized by Google

und der Kurator von der Vormundschaftsbehörde zur Ausfolge des Vermögens ermächtigt sei.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Juni 1869 in Sachen Sch. c. O.

18) Die Aufforderung zur Geltendmachung von Rechten erfordert Berühmung eines privatrechtlichen Anspruchs.

Zur provocatio ex lege diffamari wird erfordert, daß der Provokat sich eines klagbaren Anspruchs gegen den Provokanten berühmt habe.[32] Vor dem Civilrichter kann jedoch nur zur Erhebung einer gerichtlichen Klage provozirt werden und die Provokation ist nur statthaft zur Verfolgung eines bestimmten und gerade desjenigen Anspruchs, dessen sich der Provokat gegen den Provokanten berühmt hat. Wenn nun der Anspruch, dessen sich berühmt worden sein soll, nach seinem Gegenstand und seiner Begründung ebensowohl dem öffentlichen Rechte als dem Privatrechte angehören kann, so wird zwar nicht zur Begründung der Zuständigkeit[33] des Civilrichters für die Provokationsklage, wohl aber zur Begründung und Durchführung der Klage selbst die thatsächlich fundirte Behauptung, beziehungsweise der Beweis erfordert, daß der Provokat sich eines privatrechtlichen Anspruchs berühmt habe, und wenn die von dem Provokanten behauptete Diffamation es zweifelhaft läßt, ob der Provokat sich eines privatrechtlichen Anspruchs berühmt habe, so muß die Klage abgewiesen werden, weil die Erhebung eines öffentlich rechtlichen Anspruchs vor dem Civilrichter nicht erzwungen werden kann und die Berühmung eines privatrechtlichen Anspruchs nicht vorliegt oder nicht erwiesen ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. Juni 1865 in der Appellationssache H. c. Gemeinde R.

[32] Die Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 besagt im Art. 799: „Die Aufforderung zur Erhebung einer Klage findet gegen Denjenigen statt, welcher sich eines bestimmten klagbaren Anspruchs an den Auffordernden berühmt hat."

[33] Vergl. dieses Archiv Bd. XI, S. 277 ff.

Digitized by Google

3) Aus dem Oberhandelsgerichte und dem Handelsgerichte Stuttgart.

(Von Hrn. Obertribunalrath Hörner.)

Fortsetzung.

B. Handelsrecht.

23) Beweiskraft eines Kopierbuches.

(Zu Art. 32 des a. d. H.G.B.)

Einem Kopierbuch wurde keine Beweiskraft als Handelsbuch zuerkannt, weil die Einrichtung desselben dem Art. 28 Satz 2 des Handelsgesetzbuches nicht entsprach, wornach der Kaufmann verpflichtet ist, eine Abschrift (Kopie oder Abdruck) der abgesandten Handelsbriefe zurückzubehalten und der Zeitfolge nach in ein Kopierbuch einzutragen. Es sind nämlich, ist in der Entscheidung gesagt, die Kopieen der Briefe nicht in ein im Voraus angelegtes Buch nach der Zeitfolge eingetragen, sondern sie sind jeden Abend vom verflossenen Tage provisorisch zusammen geheftet und am Ende des Monats in einen Band zusammengebunden worden. Diese Behandlung widerstreitet aber, wenn sie auch bei manchen Handlungshäusern vorkommen mag, dem Gesetze, welches zwar nicht bei Strafe vorschreibt, daß die Kopierbücher in obiger Weise geführt werden müssen, aber von Einhaltung dieser Vorschrift ihre Beweiskraft abhängig macht. Es ergibt sich dieß nicht bloß aus dem Wortlaute des Artikels, sondern auch aus seiner Entstehung. Von der Nürnberger Konferenz ist nämlich beschlossen worden, den Satz des Entwurfes: „Falls die Abschriften nicht in ein Kopierbuch eingetragen werden, so sind dieselben zu sammeln und in einer zusammenhängenden Reihenfolge aufzubewahren" zu streichen und dafür dem ersten Satze die Worte „und in ein Kopierbuch einzutragen" beizufügen, weil die Zulassung einzelner Blätter als Beweis-

Digitized by Google

mittel als höchst bedenklich erscheine und gar nicht geboten sei, da Nichts entgegenstehe, jeden Abklatsch nachträglich ins Kopierbuch einzutragen. [1]

Außerdem wurde in der Entscheidung weiter bemerkt, widerstreite die Führung des Kopierbuches auch dem Art. 32 Satz 2 des Handelsgesetzbuches, wornach die Handlungsbücher gebunden und Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen versehen sein müssen. Denn es sei das fragliche Kopierbuch, was freilich mit der ersterwähnten Einrichtung zusammenhänge, nicht foliirt, sondern es seien nur die einzelnen Briefe numerirt, so daß häufig Eine Numer sich auf mehrere Blätter erstrecke. [2]

Entscheidung des Handelsgerichtes Stuttgart vom 22. Dezember 1866.

24) Vorlegung der Handelsbücher.

(Zu Art. 38 des a. d. H.G.B.)

Nach Art. 38 des Handelsgesetzbuches ist der Kaufmann dem Prozeßgegner nicht mehr als die betreffende Stelle des Buches, welche zum Beweis einer Behauptung dienen soll, vorzulegen schuldig, und der übrige Inhalt muß nur dem Richter behufs der Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Buchführung offen gelegt werden. [3]

Entscheidung des Handelsgerichtes Stuttgart vom 12. Dezember 1866 in Sachen Gebr. G. c. W.

25) Schadenersatzklage gegen einen Geschäftsagenten wegen nicht erfüllten Vertrages.

(Zu Art. 52, 55 u. 298 des a. d. H.G.B.)

Am 9. Juli 1866 hat C. K. in St. im Namen und Auftrag der Spinnerei A. K. in Z., deren Agent er unbestrittenermaßen gewesen ist, 3000 Pfd. Sekunda Mall

---

[1] Protokolle S. 45, 933; Koch, Kommentar S. 145 Note 48.

[2] Vergl. übrigens Anschütz, Beweiskraft des Kopierbuches in Goldschmids Zeitschrift für Handelsrecht Bd. VIII, S. 209 ff.

[3] Koch, Kommentar zum Handelsgesetzbuch S. 151 Note 56.

Digitized by Google

No. 16 lieferbar binnen 4 Wochen zu 40 kr. per Pfund mit 3% Skonto an H. G. und Co. in C. und zwar ohne Genehmigungsvorbehalt für Letztere fest verkauft. Nachdem jedoch die Spinnerei von K. in Z. diese Lieferung nicht ausgeführt und behauptet hatte, daß C. K., ohne hiezu von ihr ermächtigt gewesen zu sein, den Vertrag mit H. G. und Co. geschlossen habe, verlangten Letztere von dem Agenten C. K. Ersatz des ihnen durch die Nichtlieferung zugegangenen Schadens im Betrage von 500 fl. Beklagter bestritt seine Verbindlichkeit zum Schadensersatz, weil er zum Abschluß dieses Geschäftes von der Spinnerei ermächtigt gewesen und weil diese demzufolge zu Erfüllung des mit den Klägern abgeschlossenen Lieferungsvertrages verpflichtet sei.

Das Oberhandelsgericht führte hierüber Folgendes aus:

Das Handelsgesetzbuch, das in Art. 52 und 298 den Grundsatz der Zulässigkeit von Vertragsabschlüssen durch Stellvertreter mit der Wirkung der Begründung eines unmittelbaren Rechtsverhältnisses zwischen den Vertretenen sanktionirt hat,[4] enthält keinen sicheren Anhaltspunkt bezüglich des Rechtsgrundes für die Haftbarkeit des gar nicht oder nicht genügend Bevollmächtigten dem Mitkontrahenten gegenüber. Nach den Protokollen waren die Ansichten über den Umfang der Haftpflicht der Stellvertreter sehr verschieden, bis man sich auf Festsetzung der in Art. 55 Abs. 1 am Schlusse ausgesprochenen Haftpflicht derselben vereinigte.[5] Es ist daher keiner der verschiedenen Konstruktionen des Rechtsgrundes der Haftbarkeit des angeblichen Stellvertreters durch die Bestimmung des Handelsgesetzbuches präjudizirt.[6] In Wirklichkeit beruht die Haftbarkeit des nicht befugten angeblichen Stellvertreters in der Ausdehnung, wie Art. 55 sie statuirt, auf dem praktischen Bedürfniß

---

[4] Vergl. dieses Archiv Bd. XI, S. 1 ff.

[5] Nürnberger Protokolle S. 959—962.

[6] Hahn, Kommentar Bd. I, S. 149.

Digitized by Google

und auf der Schadensersatzpflicht wegen unbefugter Einmischung, wobei zur Begünstigung des Beschädigten und Erleichterung seiner Beweisführung neben dem Schadensersatzanspruch elektiv auch ein Anspruch auf Erfüllung des Vertrages selbst gestattet ist.[7] Die Entscheidung über den Schadensersatzanspruch der Kläger gegen den Agenten hängt hiernach von Beantwortung der Frage ab, ob Beklagter, der den Lieferungsvertrag vom 9. Juli 1866 als Agent von K. in Z. im Namen des Letzteren mit den Klägern abgeschlossen hat, zum festen Abschluß dieses Vertrages durch K. ermächtigt war oder nicht. Im ersten Falle ist die Haftbarkeit des Beklagten nach dem Handelsgesetzbuche Art. 52 ausgeschlossen, im zweiten Falle ist dieselbe durch Art. 55 und 298 des Handelsgesetzbuches begründet, und zwar ist es gleichgiltig, ob Beklagter ganz ohne Vollmacht gehandelt oder die ihm ertheilte Vollmacht überschritten hat.

Die Behauptung des Beklagten geht dahin, er sei als Agent der Spinnerei von A. K. unbeschränkt zum Verkauf ihrer Fabrikate ermächtigt gewesen, ohne besondere Vollmacht zu einzelnen Geschäften zu bedürfen. Nun ist zwar unbestritten, daß Beklagter von der Spinnerei von A. K. als Agent aufgestellt war; da jedoch das Wort Agent im Handelsverkehr zur Bezeichnung von Personen von dem verschiedensten rechtlichen Charakter gebraucht wird[8] und nicht nur auf einzelne Arten von Handelsbevollmächtigten, sondern auch auf bloße Vermittler von Geschäften Anwendung findet, so ist durch die bloße Thatsache der Bestellung des Beklagten zum Agenten von A. K. für den Umfang seiner Befugnisse nichts erwiesen; sondern es kommt darauf an, ob und in welchem Umfange demselben wirklich Vollmacht ertheilt wurde.[9] Aus den Briefen des A. K. ist aber so

[7] Sintenis, Civilrecht Bd. II, S. 374 Note 72 b; Laband in Goldschmid's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. X, S. 234, 237.

[8] Hahn, Kommentar Bd. I, S. 155 ff.; dieses Archiv Bd. XI, S. 143 f.

[9] Busch, Archiv Bd. VIII, S. 19.

Digitized by Google

viel zu entnehmen, daß zwar nicht volle Gewißheit, aber doch ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit zu Gunsten des Beklagten dafür erbracht ist, daß derselbe am 9. Juli zu Abschließung des Lieferungsvertrages mit den Klägern ermächtigt war.

Es wird deßhalb die Frage erheblich, wer beweispflichtig ist. Hier kommt Folgendes in Betracht. Demjenigen, der mit einem angeblichen Bevollmächtigten kontrahirt hat, stehen, wenn der dritte die Erfüllung verweigert, zwei Wege zu Realisirung seiner Ansprüche zu Gebot:

a) Die Klage gegen den angeblich Vertretenen auf Erfüllung;

b) die Klage gegen den angeblichen Vertreter nach Art. 55.

Zu a) muß Kläger behaupten und beweisen, daß der, mit dem er abschloß, vom Beklagten bevollmächtigt war;

zu b) daß der Beklagte keine Vollmacht zum Abschluß von dem hatte, als dessen Vertreter er auftrat.

Der Umstand, daß einem Kläger möglicherweise die Beweisführung in beiderlei Richtungen in zwei successiv geführten Prozessen mißlingen kann, kann gegen die hier ausgeführte Ansicht über die Beweislast nicht in Betracht kommen. Es ist auch diese Möglichkeit bei Berathung der Konferenz zu Art. 55 [10] zur Sprache gekommen, es hat sich aber die Konferenz nicht bewogen gefunden, den von einem Mitgliede aus dieser Erwägung gestellten Antrag auf anderweitige Normirung der Voraussetzung der Haftbarkeit des angeblichen Vertreters anzunehmen, wodurch dem Mitkontrahenten die Verfolgung seiner Ansprüche gegen denselben erleichtert worden wäre.

Nach Art. 298 vergl. mit Art. 55 des Handelsgesetzbuches ist also Derjenige, welcher als Bevollmächtigter einer Handelsgesellschaft abschließt, nur dann dem Dritten persönlich verhaftet, wenn er ohne Vollmacht oder unter

[10] Protokolle S. 961, 962.

Digitized by Google

Ueberschreitung seiner Vollmacht handelte. Hiernach gehört bei der auf Grund des Art. 55 angestellten Schadensersatzklage die Behauptung, daß Beklagter ohne gehörige Vollmacht gehandelt habe, zum Klagegrund und ist von demjenigen, der hierauf einen Anspruch stützt, zu beweisen. Der Rechtssatz, daß der Mandatar für die Wahrheit seines Mandats hafte, gehört dem materiellen Rechte an und ist nicht dahin zu verstehen, daß hiedurch eine Abweichung von den allgemeinen Prozeßnormen bezüglich der Regelung der Beweislast bewirkt werden wollte. In dieser Beziehung ist insbesondere darauf hinzuweisen, daß der ebenerwähnten Haftbarkeit des Mandatars für die Wahrheit seines Mandats die Berechtigung beziehungsweise Verpflichtung des Dritten gegenübersteht, sich bei Eingehung eines Geschäftes mit dem Bevollmächtigten vor Allem über die Existenz und den Umfang der Vollmacht des Letztern zu vergewissern. [11]

Im vorliegenden Falle hat nun der beweispflichtige Kläger sich nur des Beweismittels der Eideszuschiebung bedient, die, weil der Gegenbeweis wenigstens bis zu einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit erbracht ist, als chicanös zu verwerfen ist. Kläger ist mithin als beweispflichtig mit seiner Klage abzuweisen.

Eventuell haben Kläger geltend gemacht, daß die erhobene Klage in keinem Falle definitiv, sondern im ungünstigsten Falle zur Zeit abgewiesen werden könne, damit den Klägern, falls gegenüber von der Spinnerei von A. K. die Nichtbevollmächtigung des Beklagten zum Verkauf konstatirt werde, der Rückgriff auf den Beklagten offen bleibe. Dieser eventuelle Antrag war als unbegründet zu verwerfen.

Nach dem Handelsgesetzbuche steht es demjenigen, welcher mit einem Bevollmächtigten kontrahirt, im Falle der Nichterfüllung von Seiten des Dritten frei, entweder gegen den letzteren nach Art. 52 auf Erfüllung oder gegen den-

[11] Endemann, Handelsrecht S. 146.

Digitized by Google

jenigen, der als Bevollmächtigter auftrat, nach Art. 55 des Handelsgesetzbuches auf Schadensersatz, beziehungsweise Erfüllung zu klagen. Die letztere Klage ist nach dem Handelsgesetzbuche nicht als eine subsidiäre bezeichnet, zu deren Statthaftigket die vorherige erfolglose Ausklagung eines Dritten erfordert würde, und ebensowenig folgt die Nothwendigkeit dieser Vorausklage aus der rechtlichen Natur der Schadensersatzklage. Das eventuelle Verlangen der Kläger steht mit ihrem Hauptantrage und dessen Begründung im Widerspruch und hat nicht den Zweck, die Erneuerung eines Anspruchs für den Fall der Wegräumung eines zur Zeit noch nicht zu beseitigenden rechtlichen Hindernisses zu ermöglichen, sondern es wird mittelst desselben beabsichtigt, die Ergänzung der im gegenwärtigen Verfahren versuchten Beweisführung für den Fall, daß letztere unvollständig erkannt würde, für ein späteres Verfahren vorzubehalten. Ein solcher Vorbehalt ist prozessualisch unstatthaft und demzufolge der Anspruch nicht blos zur Zeit, sondern definitiv abzuweisen.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 15. Oktober 1867 in Sachen H. G. u. Cie. gegen C. K.

26) Aufhebung des Dienstverhältnisses eines Handlungsgehilfen wegen Mißbrauchs des Vertrauens. Erhebliche Zeit unterlassener Dienstleistung.

(Zu Art. 64 Ziff. 1 und 3 des H.G.B.)

Der Handlungskommis Str. verließ das Komptoir seines Prinzipals Mittags 4 Uhr und trug dem Lehrling auf, Jenem zu sagen, daß er wegen Unwohlseins nach Hause gegangen sei. Als des andern Morgens der Prinzipal sich nach dem Befinden des Kommis durch denselben Lehrling erkundigen ließ, überbrachte dieser die Nachricht, daß Str. noch unwohl sei. Der Prinzipal selbst aber, der den Str. nach Tisch besuchen wollte, traf denselben

Digitized by Google

nicht zu Hause, erfuhr vielmehr, daß er eine Vergnügungspartie gemacht habe, wie es sich denn überhaupt jetzt herausstellte, daß das Unwohlsein nur fingirt war, um unter diesem Vorwande einen auf der Eisenbahn ankommenden Freund empfangen und mit ihm sich einen vergnügten Tag machen zu können, und daß Str. den Lehrling beredet habe, diese bewußt falsche Auskunft dem Prinzipal zu geben. Das Geschäft war kein offenes, sondern erforderte nur Komptoirarbeit, auch war der Andrang des Geschäftes eben kein großer, so daß keine erhebliche Störung durch das Ausbleiben des Kommis entstanden ist. N. entließ aber den Kommis sofort ohne Kündigung und auf die Klage desselben auf Ausbezahlung seines vierteljährlichen Gehaltes erkannte das Handelsgericht Stuttgart diese sofortige Entlassung für begründet, indem es ausführte:

Der Umstand, daß Kläger am 6. November das Komptoir des Beklagten einige Stunden zu früh verlassen hat, und am 7. November gar nicht dort erschienen ist, würde für sich allein dem Beklagten ein Recht, nach Art. 62 und 64 des Handelsgesetzbuches den Kläger seines Dienstes sofort zu entlassen, nicht geben, da die Zeitdauer, innerhalb welcher Kläger dem Beklagten Dienste zu leisten unterlassen hat, an sich keine erhebliche genannt werden kann (Art. 64 Ziffer 3 des Handelsgesetzbuches) und der Beklagte keinerlei besondere Umstände geltend gemacht hat, welche diese Zeit im vorliegenden Falle als erheblich erscheinen ließen. Hat dagegen der Kläger am 6. und 7. November seinem Prinzipale fälschlich ein Unwohlsein vorgespiegelt, um durch dessen Täuschung sich die Möglichkeit zu verschaffen, auf die obengenannte Zeit wegbleiben und seinen ankommenden Freund auf dem Bahnhofe empfangen und mit ihm eine Vergnügungspartie machen zu können, so hat Kläger durch diese Handlungsweise in hohem Grade das Vertrauen seines Prinzipals mißbraucht, ohne welches das Verhältniß zwischen Prinzipal und Gehilfen nicht bestehen kann. Dieser Mißbrauch erscheint um so schwerer,

Digitized by Google

als der Kläger auch den Lehrling zu einer verwerflichen Handlungsweise gegen seinen Prinzipal veranlaßt hat.

Nach der richtigen Auslegung des Gesetzes ist der Vertrag aber nicht erst vom Ausspruch des Gerichtes an, sondern von der Zeit des Eintritts der das Recht zur Auflösung des Vertrages begründenden, vom Richter nur als solche formell anzuerkennenden, Thatsache als aufgelöst zu betrachten,[12] es hört darum auch mit jenem Zeitpunkte das Recht des Klägers auf den Bezug seines Gehaltes auf.

Entscheidung des Handelsgerichtes vom 15. Februar 1867 in Sachen St. gegen R.

27) Vorzeitige Entlassung eines Handlungsreisenden wegen für Rechnung eines Dritten gemachter Handelsgeschäfte.

(Zu Art. 64 Ziff. 2 des H.G.B.)

Die Rahmenfabrikanten A. K. & Co. in L. entließen ihren Reisenden ohne vorhergegangene Aufkündigung und wollten diese Entlassung damit begründen, daß derselbe der Vorschrift des Art. 64 Ziff. 2 des Handelsgesetzbuches zuwider Handelsgeschäfte für einen Dritten gemacht habe. In dieser Beziehung ist nur so viel erhoben worden, daß der Reisende einen Preiskourant des Konditors S. in B. über dessen Fabrikate in gebrannten Wassern bei sich hatte und diese Fabrikate in den Gasthöfen und auf den Bahnhofrestaurationen gelegentlich seines Aufenthalts an diesen Orten offerirte.

Das Oberhandelsgericht erkannte hierin keinen zureichenden Grund zur Entlassung ohne Kündigung und es besagen die Entscheidungsgründe hierüber:

Die Bestimmung des Handelsgesetzbuches Art. 64 Ziff. 2, welche, sofern sie nur von einem Auflösenkönnen des Dienstverhältnisses spricht, Alles dem richter-

[12] Busch, Archiv Bd. III, S. 457; Bd. I, S. 278; Bd. III, S. 248.

Digitized by Google

lichen Ermessen anheimgibt,[13] im Zusammenhalte mit Art. 62 des Handelsgesetzbuches kann unmöglich dahin ausgelegt werden, daß jedes von dem Handelsgehilfen für einen Dritten abgeschlossene Handelsgeschäft zu Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit berechtigen solle, vielmehr muß, wenn von einem wichtigen Grunde der Entlassung die Rede sein soll, zum mindesten dargethan werden, daß der Handlungsgehilfe entweder einen Theil der dem Prinzipal schuldigen Arbeitskraft auf Geschäfte Dritter verwendet oder durch die Art der anderen Geschäftsleuten geleisteten Unterstützung das Interesse seines Prinzipals gefährdet habe. Letzteres wäre der Fall, wenn ein Reisender in Artikeln seines eigenen Hauses Geschäfte für Dritte machen wollte, was hier nicht behauptet ist. Das erstere aber trifft nicht zu, wenn der Reisende mehr nicht gethan hat, als daß er der Bitte des Konditors S., sein Kirschwasser gelegentlich zu empfehlen, bei einigen Bahnhofrestaurateuren und Wirthen, die er ohnehin besucht, gleichviel ob mit Benützung des S.'schen Preiskourants, der ihm zu diesem Behufe zugestellt worden sein soll, oder nicht, entsprochen hat und daß in Folge dessen etwa 24 Maas Kirschenwasser bei S. bestellt worden sind.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 9. Juli 1867 in Sachen Sp. gegen K. & Co.

28) Ein Handlungsreisender ist, so lange er sich nicht auf der Reise befindet, nicht verpflichtet, andere, als Komptoirarbeiten, zu versehen.

(Zu Art. 64 Ziff. 3 des H.G.B.)

Dem Reisenden eines Rahmenfabrikationsgeschäftes, dessen Reise durch die Kriegsereignisse des Jahres 1866 unterbrochen wurde, wollte sein Gehalt für diese Zeit der

[13] Hahn, Kommentar Bd. I, S. 164 f.; vergl. auch Endemann, das deutsche Handelsrecht §. 26 Ziff. III, lit. D. Nro. 2; Krämel, das allg. deutsche Handelsgesetzbuch S. 80.

Digitized by Google

Unterbrechung vorenthalten werden, weil er sich nicht dazu herbeigelassen habe, in der Zeit, in welcher er zu Hause sich befand, ihm angesonnene leichte Arbeiten in der Fabrik (Einfügen von Messingringen in Ovalrahmen, beziehungsweise Abschneiden von Holztheilchen) zu versehen.

Das Handelsgericht Stuttgart verurtheilte jedoch die Fabrikanten zu Bezahlung des Salairs, da ein Handlungsreisender keinenfalls zu andern als kaufmännischen Arbeiten verbunden, eine kaufmännische Arbeit aber diejenige nicht sei, welche in vorliegendem Falle dem Reisenden zugemuthet worden, indem sie bloß eine zur Fabrikation gehörige untergeordnete Handarbeit sei. Dieses Urtheil wurde von dem Oberhandelsgerichte bestätigt und in dessen Entscheidungsgründen gesagt:

Ein als Reisender für's ganze Jahr engagirter Handlungsgehilfe ist in der Regel während seiner vorübergehenden Anwesenheit zu Hause nicht verpflichtet, andere Dienste zu verrichten, als solche, die mit seiner unmittelbaren Aufgabe zusammenhängen, also insbesondere zur Vorbereitung auf seine Reise dienen. Wäre aber im vorliegenden Falle der Vertrag dahin gegangen, daß der Kläger, so lange nicht Reisezeit sei, am Fabrikorte sich beschäftigen zu lassen habe, so konnte ohne dießfallsige besondere Verabredung nach der Natur des bestehenden Vertrages und nach dießfalls feststehendem allgemeinen Gebrauche des Handelsstandes statt der eine kaufmännische Bildung und Erfahrung voraussetzenden Geschäfte eines Reisenden die mechanische Arbeit eines Schreiners oder Papparbeiters von ihm nicht verlangt werden und zwar ist dabei gleichgiltig, ob etwa die beklagten Prinzipale selbst dann und wann auf gleiche Weise sich beschäftigen, oder ob sich Kläger zu einem Versuche in dieser Beschäftigung erboten hätte, da, wie die Beklagten zugestehen, der Versuch gemacht, darauf hin aber vom Kläger erklärt worden ist, die Finger schmerzen ihm zu sehr, als daß er fortarbeiten könnte. Auch in dem Falle wären die Beklagten nicht befugt gewesen, den Kläger

Digitized by Google

als Fabrikarbeiter zu verwenden, wenn ihnen seine Leistungen als Komptoirist nicht genügt hätten. Vielmehr konnte in diesem Falle nur die Frage entstehen, ob Kläger etwa ohne Kündigung aus dem Dienstverhältnisse entlassen werden konnte, was zur entsprechenden Zeit nicht geschehen ist.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 9. Juli 1867 in Sachen Sp. gegen K. & Co.

29) Handelsgesellschaft. Die einem Gesellschafter für seine Thätigkeit ausgesetzte jährliche Belohnung ist nicht als Salair zu betrachten.

(Zu Art. 125 des H.G.B.)

Kaufmann A. aus N. G. und Ziegler E. Z. aus H. schlossen eine Gesellschaft zum Zwecke des gemeinschaftlichen Betriebes der Ziegelei und Thonwaarenfabrikation ab. Der Gesellschaftsvertrag besagte in

§. 7: Als Belohnung für ihre Thätigkeit im Geschäft werden für jeden der Theilhaber per Jahr 600 fl. bestimmt. Außer dieser Belohnung werden jedem Theilhaber seine baaren Auslagen für Reisen ꝛc., welche im Interesse der Gesellschaft geschehen, aus der gemeinschaftlichen Kasse ersetzt.

§. 8. Sollte einer der Associe's durch Krankheit oder durch andere dringende Verhinderung dem gemeinschaftlichen Geschäft länger als 8 Wochen seine Thätigkeit nicht widmen können, so ist derselbe verbunden, an seiner Statt einen brauchbaren Stellvertreter für das Geschäft auf seine Kosten aufzustellen, oder wenn die Kontrahenten sich hierüber einigen, nach Ablauf besagter 8 Wochen für die längere Dauer seiner Verhinderung auf seinen Jahresgehalt à 600 fl. pro rata zu verzichten.

Im Uebrigen sollte der Gewinn des gemeinschaftlichen Geschäftes zu gleichen Theilen getheilt werden.

A., welcher die Gesellschaftskasse führte, behielt dem Z. seinen Gehalt von 600 fl. zwei Jahre lang zurück. Als

Digitized by Google

sich die Gesellschaft bald darauf auflöste, verlangte Z., daß dieser Gehalt nachbezahlt, d. h. bei der Gesellschaftstheilung zu seinen Gunsten berücksichtigt werde. A. setzte diesem Verlangen Widerspruch entgegen, weil Z., nachdem er ein weiteres Geschäft, eine englische Dampfziegelei, gegründet, aufgehört habe, seine Thätigkeit dem gemeinschaftlichen Geschäfte gehörig zu widmen und trotz aller Aufforderungen nicht dazu zu bringen gewesen sei, seinen Pflichten gegen die Gesellschaft nachzukommen. Z. leugnete dieß und schob die Schuld, daß er im gemeinschaftlichen Geschäft weniger habe leisten können, auf A.

Das Oberhandelsgericht führte aus:

Die Vorenthaltung des dem Kläger Z. nach §. 7 des Gesellschaftsvertrages gebührenden Gehaltes von jährlichen 600 fl. ist nicht begründet, auch wenn man davon ausgeht, daß Z. seit Errichtung des sog. Konkurrenzgeschäftes seine Dienste, trotz erfolgter Aufforderung dazu, der Gesellschaft gar nicht mehr gewidmet habe. Der Gesellschaftsvertrag bildet ein untrennbares Ganzes. Einerseits haben die Gesellschafter gleiche Einlagen in die Gesellschaftskasse gemacht und ihre ganze Thätigkeit dem Geschäfte zu widmen zugesagt. Andererseits sollen sie neben dem Ersatz gehabter Auslagen zunächst je 600 fl. aus der Gesellschaftskasse beziehen und im Uebrigen der zu erzielende Gewinn zu gleichen Theilen getheilt werden. Die zu beziehenden 600 fl. sind nun allerdings als Aequivalent für die persönlichen Dienstleistungen bezeichnet und ist im §. 8 des Vertrages bestimmt, daß bei eintretender Verhinderung des einen Theilhabers von ihm auf den Jahresgehalt verzichtet werden könne. Allein dieser Paragraph hat eine für begründet erkannte Verhinderung und eine gütliche Einigung der Gesellschafter zur Grundlage. Daraus folgt nicht, daß, wenn einer derselben widerrechtlich dem Geschäfte seine Thätigkeit entzieht — und dieß ist hier behauptet — sein Gehalt ihm wider seinen Willen entzogen werden kann. Hier liegt vielmehr ein vertragswidriges Verhalten eines

Digitized by Google

Gesellschafters vor, das nach dem Handelsgesetzbuche für die Zukunft zur Kündigung der Gesellschaft, für die Vergangenheit höchstens zu einer Schadensersatzklage berechtigte. Von dem Rechte der Kündigung ist kein Gebrauch gemacht worden und als Schadensersatzposten ist, was nothwendig hätte geschehen müssen, die zurückbehaltene Summe von 1200 fl. nicht bezeichnet worden. Ein Recht, einen Gesellschafter, der aufhört, seine Zeit und seine Kräfte dem Gesellschaftszwecke zu widmen, ohne Weiteres die in Form eines Gehaltes zugesagten Bezüge aus der Gesellschaftskasse vorzuenthalten, läßt sich daher weder aus dem Gesetze, noch aus dem vorliegenden Vertrage ableiten.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 29. Oktober 1867 in Sachen A. gegen Z.

30) Der Dienstvertrag zwischen einer Maschinenfabrik und einem Ingenieur ist Handelssache.

(Zu Art. 271 des H.G.B.)

Die Maschinenfabrik der Gebr. D. & Komp. in C. schloß mit G. T. Sch. aus P. einen Vertrag ab, wonach Letzterer auf drei Jahre als Oberingenieur in ihre Brückenbauwerkstätte in C. einzutreten hatte. Als derselbe vorzeitig entlassen wurde, klagte er auf Festhaltung des Dienstmiethevertrages. Die Beklagte bestritt die Kompetenz des Handelsgerichtes. Das Handelsgericht Stuttgart aber erklärte sich für zuständig und zwar aus folgenden Gründen:

Die Beklagten sind als Inhaber einer Maschinenfabrik in das Handelsregister eingetragen. Sie sind somit Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches und zwar nicht bloß bezüglich des kaufmännischen Theiles ihres Geschäftsbetriebes, sondern auch bezüglich des technischen Theiles desselben, da bekanntlich das Handelsgesetzbuch auch die sogenannten uneigentlichen Handelsgeschäfte, wozu insbesondere die Fabrikation gehört,[14] zu den Handelsgeschäften

[14] Thöl, Handelsr. Bd. I, §. 13, S. 77.

Digitized by Google

im Sinne des Art. 271 Ziff. 1 und Art. 272 Ziff. 1 zählt.[15] Haben nun die Beklagten einen Gehilfenschaftsvertrag abgeschlossen, gleichgiltig für welchen Theil ihres Geschäftsbetriebes und gleichgiltig, ob der betreffende Gehilfe als Handelsgehilfe im Sinne des Handelsgesetzbuches anzusehen ist, oder nicht, so haben sie denselben unter allen Umständen abgeschlossen zum Betriebe ihres Handelsgewerbes und damit ist der Vertrag, wenn auch nicht für den Gehilfen, so doch unzweifelhaft für sie ein Handelsgeschäft.[16]

Entscheidung des Handelsgerichtes Stuttgart vom 26. Oktober 1866 in Sachen E. G. Sch. gegen Gebr. D. u. Comp.

31) Kaufmännische Abrechnung; rechtliche Natur derselben; Einfluß auf die Beweislast.

(Zu Art. 294 des H.G.B.)

Hierüber ist das Oberhandelsgericht von nachstehenden Grundsätzen ausgegangen:

Was die Bedeutung des Abrechnungsgeschäftes für das Obligationsverhältniß zwischen den dabei Betheiligten betrifft, so hat sich die Wissenschaft und Praxis zunächst mit der Frage beschäftigt, ob die Bezugnahme eines Schuldanerkenntnisses auf gepflogene Rechnung als eine rechtlich genügende Bezeichnung des Schuldgrundes angesehen werden könne, eine Frage, welche bejaht werden mußte, wenn man nicht die Bedeutung, welche im Leben und namentlich im kaufmännischen Geschäftsverkehre der Abrechnung beigelegt wird, verkennen wollte. Es hat sich sofort in der Praxis die Lehre von einem eigenthümlichen Abrechnungsvertrage ausgebildet und allgemein findet sich der Satz aufgestellt, daß die Abrechnung einen selbstständigen Schuldgrund bilde, dessen Erweis zu Begründung einer Klage

---

[15] Endemann, Handelsr. S. 2; Fecht, Kommentar S. 142.

[16] Art. 273 des Handelsgesetzbuches; Endemann, Handelsrecht S. 26, Ziff. 2, N. 44, S. 119, N. 5.

Digitized by Google

auf den Abrechnungssaldo genügen müsse.[17] Demzufolge wird nun auch in den Kompendien die Abrechnung als eine besondere Art zweiseitigen Rechtsgeschäftes genannt, welches Zahlung, Kompensation, Schuldanerkenntniß und Zahlungsversprechen enthalte und sich namentlich vom einseitigen Zahlungsversprechen (constitutum possessorium) wesentlich unterscheide.[18] Allein in der Entwicklung des Inhalts dieses Obligationsverhältnisses ergaben sich Schwierigkeiten, insbesondere in der Frage, ob und in wie weit das Ergebniß eines Abrechnungsvertrages auf den Grund von Einwendungen gegen die in der Abrechnung aufgenommenen Forderungen und Gegenforderungen angefochten werden könne, und welchen Einfluß überhaupt die Abrechnung auf die Qualität der verrechneten Schuldposten habe. Man konnte nicht umhin, bei Prüfung der letzten Frage anzuerkennen, daß ein bestimmter Inhalt des Abrechnungsvertrages bezüglich der Aufrechterhaltung oder Konsumtion des früheren Schuldverhältnisses sich nicht aufstellen lasse, daß dasselbe ebensowohl eine kumulative als eine privative Novation des früheren Verhältnisses enthalten könne und daß der Inhalt der Obligation durch Erhebung des dießfallsigen Willens der Kontrahenten festzustellen sei.[19]

Da sonach hinsichtlich der Wirksamkeit des Abrechnungsgeschäftes auf das zwischen den Betheiligten bestehende Schuldverhältniß gerade in den wesentlichsten Punkten eine Regel sich nicht aufstellen läßt, so ist damit, daß dem Ge-

---

[17] Vgl. Pfeiffer, praktische Ausf. Bd. VIII, S. 67; Heise und Cropp, Abh. Bd. I, S. 365; Seuffert, Archiv Bd. II, Nro. 36; Bd. III, Nro. 105; Bd. VII, Nro. 246, 302; Bd. XIII, Nro. 247.

[18] Seuffert, prakt. Pand.-Recht §. 309, Anm. 9; Holzschuher, Theorie Bd. II, Abth. 2, S. 914; Brinz, Pand. Bd. I, §. 101; Bähr, Anerkennung §. 55, 56; Endemann, Handelsrecht §. 125, 144.

[19] Holzschuher, a. a. O. Ziff. 2; Endemann, a. a. O. §. 125; vergl. Pfeiffer, a. a. O. S. 70 ff.; Seuffert, Archiv Bd. VII, Nro. 302, Bd. XIII, Nro. 247, Bd. XVIII, Nro. 223.

Digitized by Google

schäfte ein eigener Titel gegeben wird, nichts gewonnen und deßhalb neigt sich auch die neuere Literatur über diese Lehre dahin, von einem selbstständigen Abrechnungsvertrage nicht mehr zu sprechen, sondern den Richter darauf zu verweisen, daß im einzelnen Falle der Inhalt des beabsichtigten Geschäftes nach den sonst geltenden Regeln über die Auslegung von Rechtsgeschäften und über die Beweiskraft zu erheben sei.[20] Daraus, daß eine Abrechnung im Wege vertragsmäßiger Uebereinkunft vorgenommen und das Schuldverhältniß vertragsmäßig festgestellt wird, folgt noch nicht, daß eine nachträgliche Berichtigung ausgeschlossen ist. Vielmehr kommt es in dieser Hinsicht zunächst auf die Absicht an, in welcher die Betheiligten die Abrechnung vollzogen und eine Schuldverbindlichkeit festgestellt haben. Es kann der Fall sein, daß die Kontrahenten hiebei das bisher bestandene Schuldverhältniß völlig aufheben und eine neue Obligation schaffen wollen (Novation), oder daß durch Abschluß eines Vergleiches vorgelegene Differenzen erledigt werden wollten. Eine derartige Absicht wird jedoch nicht vermuthet; dieselbe muß daher durch gehörige Beweisführung außer Zweifel gestellt werden. So lange dieser Beweis nicht geliefert ist, muß angenommen werden, daß das Abrechnungsgeschäft in einem anderen Sinne und mit weniger eingreifenden Folgen vorgenommen werden wollte. Eine häufig vorkommende Art der vertragsmäßigen Abrechnung besteht nämlich darin, daß die Kontrahenten durch ihre Berechnung und durch die auf Grund derselben erfolgende Festsetzung einer Restforderung beziehungsweise Schuld die ursprünglichen Forderungs- und Verpflichtungsgründe keineswegs verändern, sondern nur das bisher bestandene Schuldverhältniß und dessen Ergebniß durch ein besonderes Uebereinkommen mit verpflichtender Wirkung konstatiren wollen. Ein in solchem Sinne geschlossener Vertrag hat allerdings die Wirkung und somit auch den

[20] Regelsberger, im civ. Archiv Bd. XLVII, S. 153 ff.; Koch, in Busch's Archiv S. 481 ff.

Digitized by Google

Vortheil, daß hinsichtlich der einzelnen Abrechnungsposten nicht den ursprünglich beweispflichtigen Kontrahenten, sondern den Gegner die Beweislast trifft, wenn dieser den Anerkennungsvertrag anfechten will, weiter geht aber die Wirkung des Vertrages nicht. Denn wenn bei der Abrechnung nur das numerische Resultat der bisherigen Forderungen und Zahlungen konstatirt, also der Berechnung lediglich das in Wirklichkeit bestandene Sachverhältniß zu Grunde gelegt werden wollte, so muß das in diesem Sinne ertheilte Anerkennungsversprechen angefochten werden können, falls nachträglich bewiesen wird, daß der Betrag der einzelnen Forderungs- oder Zahlungsposten ein anderer, beziehungsweise das Gesammtergebniß einer richtigen Rechnung ein anderes ist, als bei der von den Betheiligten gepflogenen Berechnung angenommen wurde. Einem durch einen derartigen Irrthum benachtheiligten Kontrahenten kommen die Rechtsmittel zu Statten, welche demjenigen gesetzlich ertheilt sind, der eine nicht oder wenigstens nicht in dem vermeintlichen Umfange bestandene oder nachträglich weggefallene Verbindlichkeit erfüllt, oder seinen Schuldner in der durch faktischen Irrthum veranlaßten Meinung, als ob ihm wirklich keine oder keine höhere Forderung an derselben zustehe, als von seiner Verbindlichkeit befreit erklärt hat.[21]

32) Wann ist in dem Stillschweigen zu einer Offerte die Annahme derselben, wann in dem stillschweigenden Zurückbehalten unbestellt zugesandter Waaren oder einer nicht vertragsmäßigen Lieferung deren Annahme zu finden?

(Zu Art. 318 ff. des H.G.B.)

1) Daß die Frage, ob Stillschweigen zu einer Offerte, namentlich unter gleichzeitiger Zusendung von Waaren als

[21] vgl. Arndts §. 341; Seuffert, Pandekten Bd. II, §. 309, N. 8, §. 436; Seuffert, Archiv Bd. II, Nro. 36, Bd. VIII, Nr. 310; Allg. deutsches Handelsgesetzbuch Art. 294.

Digitized by Google

Annahme gelten müsse, und ob die Annahme einer nicht vertragsmäßigen Lieferung eine stillschweigende Billigung des Empfängers enthalte, eine faktische, nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilende sei,[22] wurde von dem Oberhandelsgericht wiederholt angenommen.

Als Beleg für die Absicht, die unbestellt zugesandte Waare zu behalten, in den Kauf einzuwilligen, dient zwar nicht das Oeffnen von Kisten und Säcken, weil dieß auch zum Zwecke der Untersuchung, ob man die Waare behalten will, dienen kann; dagegen jedenfalls eine, wenn auch nur theilweise Verwendung derselben. Einen weiteren Beleg für gedachte Absicht bildet die Annahme auch unbestellter Waare, wenn ein Avisbrief vorausgegangen und dieselbe mit einem Frachtbrief und mit einer Faktura begleitet ist, insbesondere wenn die Fracht vom Empfänger bezahlt wird.[23] In diesem Falle ist es Sache des Empfängers, die entgegengesetzte Willensmeinung in gehöriger Weise kund zu geben und den Beweis hiefür zu liefern, weil dieß eine Thatsache ist, die den angeführten Thatsachen ihre Schlüssigkeit wieder entziehen soll. An die gewohnheitsrechtliche 14tägige Frist ist der Empfänger in dem Falle nicht gebunden, wenn es sich von unbestellten Waaren handelt.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 10. Dez. 1867 in Sachen R. gegen R.

2) Es ist bekannt, daß eine gesetzliche Verpflichtung, unbestellt zugesandte Waaren bei Gefahr der Annahme der Acceptation der Offerte zur Disposition zu stellen, nicht besteht. Selbst dann ist dieß nicht der Fall, wenn man, was übrigens zweifelhaft ist, die Bestimmungen des Art. 323 Absatz 1 des Handelsgesetzbuches über kaufmännische Auf-

---

[22] Vergl. Endemann, Handelsrecht S. 505, 517; Seuffert, Archiv Bd. XI, Nro. 80; Bd. IV, Nro. 211; Busch, Arch. Bd. VI, S. 158; Bd. IX, S. 372; Bd. I, S. 238, 351 ff.; Bd. II, S. 387 ff. Abweichend: Thöl, Handelsrecht. 4. Aufl. S. 364, 370.

[23] Endemann, a. a. O. S. 518.

Digitized by Google

träge auch auf Kaufsanerbietungen anwendet,[24] weil auch hier nur unter der Voraussetzung der bestehenden Geschäftsverbindung und eines vorausgegangenen Erbietens zu Uebernahme derartiger Aufträge die Verpflichtung zur Antwortsertheilung angenommen wird. Es ist vielmehr allgemein anerkannter Rechtssatz, daß die Frage, wann stillschweigende Acceptation unbestellt zugesandter Waaren anzunehmen sei, lediglich nach den Verhältnissen des einzelnen Falles beurtheilt werden könne und müsse.[25] Im Allgemeinen wird man nur sagen können, daß die stillschweigende Annahme einer nach vorausgegangener Avisirung mit Frachtbrief angekommenen Waarensendung an sich geeignet ist, den Abschluß eines Kaufes zu involviren;[26] allein, da eine gesetzliche Pflicht zur Dispositionsstellung von Waaren, die man ohne Bestellung zugesandt erhielt, nicht besteht, so ist der Empfänger an keine Zeit gebunden, innerhalb welcher er die in der Zusendung gelegene Offerte ablehnen muß, nur darf diese Ablehnung nicht so spät erfolgen, daß inzwischen die Waare für den Absender werthlos geworden, oder in ihrem Werthe erheblich verringert worden ist. Bittet auf eine solche Ablehnung hin der Absender wiederholt, der Empfänger möge die Waare behalten, so ist er eine Antwort hierauf zu geben nicht schuldig, wenn er nur erstmals seinen Willen, einen Kauf nicht abzuschließen, unzweideutig kundgegeben hat.

Aus dem Umstande, daß der Empfänger die Fracht bezahlt und die Waare geöffnet hat, kann, wenn später Ablehnung erfolgt, auf die Absicht der Annahme nicht geschlossen werden, weil diese Handlungen zu dem Zwecke geschehen sein können, um sich den Entschluß, die unbestellt

---

[24] Hahn, Kommentar Bd. II, S. 162; Busch, Archiv Bd. I, S. 351; Bd. II, S. 387.

[25] Vergl. Endemann, Handelsrecht S. 517; Seuffert, Archiv Bd. IV, Nro. 211, Bd. XI, Nro. 80; Busch, Archiv Bd. III, S. 158, Bd. IX, S. 372.

[26] Endemann a. a. O. S. 518.

Digitized by Google

zugesandte Waare zu behalten, durch die Besichtigung derselben zu ermöglichen, wozu der Empfänger befugt ist.

Entschieden für die Absicht der Annahme der Waare spricht aber die Verwendung eines wenn auch nur kleinen Theiles derselben, also die auch nur theilweise Disposition über dieselbe, so lange nicht die ausdrückliche Erlaubniß zu Vornahme einer Probe von Seiten des Absenders vorliegt.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 19. Mai 1868 in Sachen R. c. St.

33) Abschluß eines Handelsgeschäftes unter Abwesenden; Widerruf eines Antrags durch den Telegraphen.

(Zu Art. 319—322 des H.G.B.)

Der Agent einer Baumwollspinnerei C. F. R. offerirte in einem Schreiben vom 27. Sept. 1865 dem F. Sch. in R. auf umgehende Antwort bestimmte Quantitäten verschiedener Garne zu gewissen Preisen und bestimmter Lieferungszeit. Das Schreiben wurde am 28. Septbr. zur Post gegeben und am 29. Septbr. erwiderte Sch., daß er eine bezeichnete kleinere Quantität von einzelnen der offerirten Garnsorten acceptiren wolle, übrigens wünsche, daß ihm von jeder Sorte 100 Pfd. sofort zugesendet werden. Der Agent R. antwortete am 30. Sept., daß er die mit Schreiben vom 29. Sept. bestellten Garne sogleich an die Baumwollspinnerei überschrieben habe und Sch. demzufolge solche lieferbar in 14 Tagen bis 3 Wochen von dorther erhalten werde; auch habe R. gebeten, daß dem Sch. sogleich 100 Pfd. pro Nro. zugesendet werden. Noch an demselben Tage schickte jedoch R. ein Telegramm an Sch. ab, das vor dem Briefe in R. ankam und dahin lautete: „Bestätige heutigen Brief, worin sich Versehen meinerseits eingeschlichen. Brieflich mehr, da Bestellungen andere Nummern bezeichnen." Dem Telegramm folgte ein Brief des R. an Sch., worin jener den Letzteren unter Beziehung auf das Telegramm benachrich-

Digitized by Google

tigte, daß nur noch ein gewisses Quantum der bestellten Garne vorräthig, das übrige schon vor Eingang des Schreibens des Sch. von der Spinnerei verkauft worden sei; es werde daher umgehende Antwort erbeten, ob Sch. das bestellte Quantum in andern Sorten nehmen wolle. Hierauf entgegnete jedoch Sch. am 3. Okt., daß er die zugesagten Garne zum größten Theile schon verkauft habe und daher auf deren Lieferung bestehen müsse. Der Agent R. wandte sich nun wieder an die Spinnerei, die aber erklärte, die Bestellung nicht effektuiren zu können und am 9. Oktober auch den Sch. hievon benachrichtigte. Als nun später Sch. gegen die Spinnerei auf Schadensersatz wegen nicht erfüllten Vertrages klagte, wurde diese Klage zunächst aus dem Grunde abgewiesen, weil sich aus der über anderweitigen späteren Geschäftsverkehr geführten Korrespondenz ergab, daß Sch. auf die Ausführung seiner ersten Bestellung verzichtet hatte. Daneben wurde aber von der Spinnerei auch der weitere Grund geltend gemacht, daß sie wegen verspäteter Aufgabe der Bestellung überhaupt nicht an dieselbe gebunden gewesen und daß überdieß der Vertrag, auf dessen Erfüllung geklagt werde, gar nicht perfekt geworden sei.

Ueber die beiden letztgenannten Gründe wurde von dem Oberhandelsgerichte unterm 11. April 1867 ausgeführt:

1.) Die Klägerin macht in ihrer Korrespondenz als Grund ihrer Weigerung, den Vertrag zu erfüllen, zunächst den geltend, daß Beklagter das Offert des Agenten vom 27. Sept. 1865 *zu spät* acceptirt habe, mithin Klägerin an dasselbe nicht mehr gebunden gewesen sei. Nun kann zwar als erwiesen angenommen werden, daß der Grund, warum die Antwort des Beklagten auf das Schreiben vom 27. September erst am 29. September abgesandt wurde, in der verspäteten Postaufgabe *des Offertbriefes* vom 27. September zu suchen ist; allein es ist keineswegs unzweifelhaft, welche Wirkung eine solche verspätete Aufgabe

Digitized by Google

eines Offertbriefes auf das Gebundensein des Offerenten ausübt.[27] Dagegen ist so viel sicher, daß wenn auf eine solche verspätete Acceptation Gewicht gelegt werden will, dieß sofort geschehen muß. Hier also hätte der zum Vertragsabschluß legitimirte Agent der Klägerin die Acceptation der Offerte unter Berufung auf die Verspätung ablehnen müssen. Er hat das nicht gethan, er hat trotz dieser Verspätung die Bestellung annehmen zu wollen erklärt und an diese Erklärung ist der Geschäftsherr gebunden und kann keinenfalls hinterdrein auf jene Verspätung als Ablehnungsgrund zurückgreifen.

2) Der Lieferungsvertrag dessen Nichteinhaltung den Kläger zu seinem Schadensersatzanspruch berechtigen soll, ist aber überhaupt gar nicht zu Stande gekommen. Mit der Antwort vom 29. September auf das Offertschreiben vom 27./28. September war der Vertrag noch nicht perfekt geworden. Denn wenn auch im Handelsgesetzbuche der Grundsatz Anerkennung gefunden hat, daß mit Absendung des Acceptationsschreibens auf eine Offerte der Vertrag bindend sei[28] (Handelsgesetzbuch Art. 321, Nürnberger Konferenzprotokolle S. 574 f.), so ist doch die wesentliche Voraussetzung dieser Annahme, daß Offerte und Acceptation sich decken. So wie einerseits die Offerte nach Gattung, Qualität, Preis und Quantität bestimmt sein muß, so darf auch andererseits die Annahme keine Bedingungen, Beschränkungen oder Modifikationen enthalten, wohin insbe-

---

[27] Vergl. Nürnberger Protokolle S. 570 u. 1359; Wächter, Handelsrecht Bd. I, S. 124, 125.

[28] Ueber diese Frage ist zu vergleichen: Thöl, Handelsrecht Bd. I, S. 371; Savigny, System Bd. VIII, S. 236; Endemann, Handelsrecht S. 464; v. Scheurl, in Gerber u. Jhering Dogm. Jahrb. Bd. IV, S. 248 ff.; Hasse, Rhein. Museum Bd. II, S. 371—382; Archiv für civ. Praxis Bd. II, S. 267—271; Wächter, ebendas. Bd. XIX, S. 116; Treitschke, Kauf S. 110 ff.; Seuffert, Archiv Bd. I, S. 200; Tafel, Civilrechtssprüche Bd. II, S. 183.

Digitized by Google

sondere die bloß theilweise Acceptation einer ungetheilten Offerte gehört.[29]

Im vorliegenden Falle umfaßte nun aber die Offerte, neben einem unbestimmten Quantum Zettelgarnen und neben 1500 Pfd. Garnen, von denen Sch. Nichts acceptirte, 5000 Pfd. von 3 verschiedenen Sorten in 14 Tagen lieferbar und 5000 Pfd. in 2 weiteren Sorten in 8 Tagen lieferbar. Davon, daß dieses speziell bezeichnete Quantum von 10,000 Pfd. auch theilweise abgegeben werde, enthält das Offertschreiben Nichts. Gegen die Annahme, daß dieß stillschweigend so gemeint gewesen sei, spricht die Vermuthung. Denn hätte Sch. das ganze Quantum von 10,000 Pfund acceptirt, so wäre die Spinnerei unzweifelhaft an ihre Offerte gebunden gewesen. Sie war also verhindert, das ganze Quantum oder auch nur einen Theil desselben anderweitig zu offeriren und zu vergeben, ehe die Rückantwort von Sch. eintraf. Ebendarum mußte ihr aber auch freistehen, ob sie die bloß *theilweise Acceptation* des Sch. annehmen wolle oder nicht, da die dasselbe enthaltende Schreiben vom 29. September nach Art. 322 des Handelsgesetzbuches eine Ablehnung des Verkaufsantrages, so wie er gestellt worden, und einen neuen selbstständigen Kaufsantrag enthielt.

Hiernach wäre der Vertrag erst *mit Absendung* des Schreibens des Agenten vom 30. September perfekt geworden (vorausgesetzt, daß Sch. die wieder einseitig geänderte Lieferzeit ausdrücklich oder stillschweigend genehmigen würde), wenn nicht ein telegraphischer Widerruf dem Briefe nachgesandt worden wäre und denselben überholt hätte. Einen Widerruf enthält das Telegramm aber unzweifelhaft; denn wenn es auch den Brief bestätigt, so wird doch alsbald beigefügt, es haben sich Versehen in denselben eingeschlichen.

---

[29] Thöl, Handelsrecht Bd. I, S. 416 ff.; Endemann, Handelsrecht S. 464; Wächter, Handelsrecht S. 128; Brinkmann, Handelsrecht S. 71, 72.

Digitized by Google

Es wird ein weiteres Schreiben in Aussicht gestellt, da die Anstellungen, d. h. die Offerte, andere Nummern bezeichnen. Der Beklagte war deßhalb nicht berechtigt, dieses Telegramm zu ignoriren oder gar als eine Bestätigung des Briefes zu betrachten und zwar schon aus dem Grunde, weil in diesem Falle das Telegramm gar keinen Zweck gehabt hätte. Daß aber eine briefliche Zusage telegraphisch revozirt werden kann, wenn das Telegramm den Brief überholt, ist in Art. 320 des Handelsgesetzbuches ausdrücklich bestimmt. Diese gesetzliche Bestimmung stützt sich wohl darauf, daß der Grund, warum mit Absendung eines Annahmebriefes der Vertrag perfekt sein sollte, weil von da an dem Absender der Einfluß auf diesen Brief und damit auch auf die von ihm abgegebene Willenserklärung entzogen war, durch den Telegraphen hinfällig geworden ist. Denn durch diesen ist das Mittel gegeben, auf eine brieflich abgesendete Willenserklärung noch einzuwirken, ehe sie ihre Bestimmung, die Person des Adressaten, erreicht hat. Die Bestätigung des telegraphischen Widerrufes der Annahme der Bestellung vom 29. September folgte aber dem Telegramme brieflich auf dem Fuße und damit war die Nichtperfektion des Vertrages konstatirt, so daß Sch. nicht befugt war, unter Ignorirung des Telegrammes am 3. Oktober 1865 zu schreiben, er habe das zweite Schreiben vom 30. September zu spät empfangen und bestehe auf der Lieferung der 4000 Pfd.

34) Eigenthumsübergang bei von einem Orte zum andern versandten Waaren.[30] — Constitutum possessorium.

Unter dem 14. Febr. 1868 war der Oelmüller Fr. K. in B. (offene Handelsgesellschaft zum Betriebe einer Oelmühle) von W. B. in St. (Agentur- und Kommissions-

---

[30] Vergl. dieses Archiv Bd. XI, S. 119 ff.; Seuffert, Archiv Bd. XIII, Nro. 82, S. 106 ff.

Digitized by Google

geschäft) brieflich ersucht worden, für des letzteren Rechnung an J. B. in M. (Tuchfabrik) 10—12 Centner Rüböl zu versenden, wofür billigst gestellte Faktura an W. B. zu übergeben sei. Am 15. desselben M. führte K. diesen Auftrag dahin aus, daß er am 15. Febr. 4 Fässer Rüböl im Gewicht von 1369½ Pfd. Brutto per Bahn an J. B. in M. absandte, und mit Schreiben vom gleichen Tage dem W. B. unter dem Anfügen Nachricht hievon gab, daß er dem J. B. das Oel nicht gesendet haben würde, wenn W. B. es nicht auf seine Rechnung bestellt hätte. Zugleich wurde dem W. B. Faktura zugeschickt, in welcher gesagt ist: „Sende Ihnen auf Ihre Rechnung und Gefahr zu Ihrer Verfügung an Herrn J. B. in M. netto 1131½ Pfund Rüböl à 21 fl. — 237 fl. 37 kr." Mit diesem Kaufschilling wurde sofort auch B. in den Handelsbüchern des Fr. K. belastet. Das Schreiben vom 15. Febr. und die demselben angehängte Faktura gelangte nicht in die Hände des Adressaten W. B., weil derselbe am 15. Febr. von St. entwichen und erst nach Einleitung des Gantverfahrens gegen ihn wieder dahin zurückgekehrt ist. Dagegen hat der Handlungsgehilfe des W. B. jenes Schreiben in Empfang genommen und nach dessen Eröffnung in den Büchern des W. B. den Fr. K. für den berechneten Preis erkannt und im Versandtbuch die Lieferung des Oels an J. B. in M. eingetragen und diesen mit dem Preise von 21½ fl. per Centner belastet. Die 4 Fässer Oel kamen in M. am 16. Febr. an, der Destinatär J. B. bemerkte jedoch auf dem ihm abgegebenen Frachtbriefe unter dem 22. Februar: „Ich verweigere die Annahme der Fässer, da solche nicht bestellt und ersuche die Güterexpedition, fragliche 4 Fässer sofort wieder an den Versender Fr. K. zurückgehen zu lassen." Die Waare kam am 24. dess. M., mit 7 fl. 21 kr. Fracht- und Lagergeld belastet, wieder in B. an und wurde von Fr. K. wieder in Besitz genommen. Gegen W. B. wurde den 14. März 1868 gerichtlich der Konkurs erkannt. Nun erhob der Vertreter der Gantmasse

Digitized by Google

gegen Fr. K. einen Eigenthumsanspruch auf das an Letzteren zurückgegangene Oel auf den Grund der Behauptung, daß W. B. durch die Ausführung seines mit der Bestellung der Waare an Fr. K. ergangenen Versendungsauftrages an einen Dritten auch den Besitz derselben (durch constitutum possessorium) erworben habe.

Dieser Anspruch wurde abgewiesen und es besagen dießfalls die Gründe des Oberhandelsgerichtes:

Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes geht das Eigenthum am Kaufsgegenstande nicht schon durch den Vertragsabschluß, noch dadurch, daß der Verkäufer denselben behufs dessen Verbringung an den Vollzugsort aus der Hand gibt, sondern regelmäßig erst durch die Uebergabe der Waare an den Käufer über. Dieser Satz, dessen Anwendbarkeit auch für Handelsgeschäfte vor Einführung des Handelsgesetzbuches nicht bezweifelt worden ist,[31] hat auch durch das deutsche Handelsgesetzbuch eine Abänderung nicht erfahren. Aus den Berathungen der zu Entwerfung des Handelsgesetzbuches niedergesetzten Kommission ist vielmehr zu entnehmen, daß aus Veranlassung von Versuchen, den Uebergang des Eigenthums an den dem Käufer an einem anderen Orte übersendeten Kaufsobjekte auf einen der Ablieferung an den Destinatär vorausgehenden Zeitpunkt, insbesondere die Uebergabe an den Frachtfahrer, festzusetzen, die rechtliche Unstatthaftigkeit einer solchen Annahme nachgewiesen und, unter Verwerfung der weitergehenden Anträge, mit den in Art. 344, 345 getroffenen Bestimmungen über die Tragung der Gefahr des Transportes sich begnügt worden ist.[32] Auch im Handelsgesetzbuche selbst ist in Art. 306 (verb. „und übergeben worden sind") und in den Bestimmungen des Art. 402 über die Pflicht des Frachtfahrers, den Dispositionen des Absenders

[31] Vergl. die in Seuffert's Archiv Bd. VII Nro. 7 mitgetheilte Entscheidung des Obertribunals vom 16. August 1853.

[32] Protokolle der Nürnberger Konferenz S. 1375; Koch, Handelsgesetzbuch S. 344; Krüwel, Handelsgesetzbuch S. 443.

Digitized by Google

der Waare bis zur Abgabe des Frachtbriefes an den Destinatär nachzuleben, jener Grundsatz des gemeinen Rechtes über den für den Eigenthumsübergang entscheidenden Zeitpunkt als für Handelsgeschäfte geltend anerkannt worden.

An die Stelle körperlicher Uebergabe der von der Klägerin vindizirten Waare soll bei dem zwischen W. B. und dem Beklagten abgeschlossenen Kaufe die Verfügung getreten sein, welche Letzterer nach Anweisung der Käufers über die Waare getroffen hat. Für die Beurtheilung der Absicht der Kontrahenten bei ihren dießfallsigen Verfügungen sind zunächst entscheidend die darüber in der gepflogenen Korrespondenz enthaltenen Erklärungen. Was den Käufer W. B. betrifft, so enthält sein Schreiben vom 14. Februar die Weisung, für seine Rechnung den Kaufsgegenstand an einen Dritten zu versenden. Hiemit ist an sich nur ein von dem Wohnorte des Käufers verschiedener Ablieferungsort bezeichnet, es fehlt aber an jeder Erklärung darüber, daß Käufer mit dem dem Verkäufer überlassenen Preisansatz einig gehe, daß er auf seine Befugniß, die zu versendende Waare zu prüfen und je nach Beschaffenheit derselben deren Annahme zu verweigern, verzichte, oder allgemein, daß er die unbesehene Waare übernommen haben wolle und daß die Versendung der Waare als einer in das Eigenthum des W. B. übergegangenen erfolgen solle. Auch die Erklärungen des Beklagten gehen nicht weiter als dahin, daß er den Weisungen des Gemeinschuldners hinsichtlich des ihm vorgeschriebenen Lieferungsortes sich gefügt habe, wenn er am 15. Februar den Käufer benachrichtigt, daß er das bestellte Oel „für ihn" an J. B. abgesendet habe und in der Faktura und im Frachtbriefe dasselbe „zur Verfügung" des Käufers an J. B. dirigirt. Es kann demnach nicht angenommen werden, daß Käufer oder Verkäufer eine weitergehende Absicht hatten als die: es solle die Prüfung und Annahme des Kaufsgegenstandes in Metzingen, sei es durch den Käufer selbst oder durch denjenigen, an welchen er weiter verkauft hatte, erfolgen.

Digitized by Google

Diese Auffassung entspricht auch am meisten den unbestrittenen Verhältnissen der Kontrahenten. . . . .

Nimmt man daher auch an, daß die nach dem Kaufsantrage und der Auslieferung der Waare zur Eisenbahn noch ermangelnde Einigung der Kontrahenten über den Kaufspreis durch den, wie behauptet wird, im Auftrag des Käufers erfolgten Eintrag der Forderung des Beklagten in die Geschäftsbücher des W. B. erfolgt und damit der Kaufvertrag perfekt geworden sei, so fehlt es immer noch an der zum Eigenthumsübergang erforderlichen Annahme des Kaufsgegenstandes, welche durch den Käufer persönlich unbestrittenermaßen nicht erfolgt, von seinem Käufer, dem er solche überlassen hatte, ausdrücklich verweigert worden und die auch in den zwischen den Kontrahenten gewechselten Erklärungen nicht in der Weise zu Stande gekommen ist, daß nach dem Willen der Betheiligten der Verkäufer von einem bestimmten Zeitpunkte an in eigenem Namen zu besitzen aufgehört und Namens des Käufers den Eigenthumsbesitz ausgeübt hätte. Hienach ist der behauptete Eigenthumserwerb durch sog. constitutum possessorium von klägerischer Seite nicht genügend thatsächlich begründet worden.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 27. Oktober 1868 in Sachen der Gantmasse des W. B. in St. gegen Fr. K. in B.

35) Anspruch auf Bezahlung einer theilweisen Lieferung; Einrede des nicht vollständig erfüllten Vertrages; Abschlagszahlungen für theilweise Lieferungen.

Wenn auch im Allgemeinen nach den mit dem gemeinen Rechte übereinstimmenden Vorschriften des Handelsgesetzbuches Art. 342 Abs. 3, in Ermanglung entgegengesetzter Vereinbarungen, die Bezahlung des Kaufpreises bei Uebergabe der Waare, die Erfüllung Zug um Zug zu geschehen hat, und wenn daher auch der auf Bezahlung des Kaufpreises belangte Käufer in so lange Zurückweisung

Digitized by Google

des Verkäufers verlangen kann, als dieser nicht das Kaufsobjekt und zwar, falls ein Quantum Gegenstand des Vertrages ist, das ganze von ihm geschuldete Quantum geliefert oder zur Lieferung angeboten hat, — l. 13 §. 8. l. 25 D. de act. emti vend. (19, 1) — so ist doch im Falle einer theilweisen Leistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als dilatorische Einrede dann ausgeschlossen, wenn die theilweise Leistung unter Umständen hingenommen worden ist, welche die Annahme ausschließen, daß der Empfangende seine Gegenleistung von der Vervollständigung und Ergänzung der gegenseitigen Leistung abhängig zu machen beabsichtigt habe.[33] Derartige Umstände wurden in einem Falle als vorliegend angenommen, in welchem die Käufer, obgleich ihnen nur ein Theil des gekauften Quantums fakturirt und geliefert worden und obgleich ihnen die Verkäufer dabei ausdrücklich erklärt hatten, daß sie den Rest nicht zu liefern gedenken, nicht nur die theilweise Lieferung ohne Erinnerung angenommen, sondern auch ohne allen Vorbehalt erhebliche Abschlagszahlungen geleistet haben.

Entscheidung des Handelsgerichtes Stuttgart vom 4. Januar 1867.

36) Kauf auf bestimmtes Maß oder Gewicht; Zurückbleiben desselben hinter dem Voranschlag.

Hierüber wurde von dem Handelsgerichte Stuttgart nachstehendes ausgeführt:

Wenn ein zu einer bestimmten Anzahl Centner u. s. w. veranschlagtes Quantum den Kaufsgegenstand bildet und das Zuwägen oder Zumessen nur zum Zwecke der Ausmittlung des Kaufpreises zu geschehen hat, so kann der Umstand, daß dieser Vorrath nicht die Höhe des Voran-

[33] Dieses Archiv Bd. VI, S. 165, Anm. 48; Busch, Archiv Bd. IV, S. 377 ff.; Bd. VII, S. 384.

Digitized by Google

schlages erreicht, nur die Folge haben, daß der Verkäufer nur den Preis für das vorhandene Quantum fordern kann, [34] nicht aber, daß der Käufer nun die Haltung des Kaufes zu verweigern berechtigt ist. Dieß wäre nur dann der Fall, wenn der Unterschied so beträchtlich wäre, daß behauptet werden müßte, der Kauf wäre, wenn Käufer die geringe Quantität gekannt hätte, gar nicht zu Stande gekommen, derselbe hätte kein Interesse mehr für ihn gehabt.

37) Beweislast bei vertragswidriger Beschaffenheit gekaufter Waare im Falle erfolgter Disposition über dieselbe.

Wann die vertragsmäßige Beschaffenheit gekaufter Waare vom Empfänger bestritten wird, so trifft die Beweislast bezüglich deren Fehlerhaftigkeit dann den Käufer, wenn er die Waare angenommen und darüber disponirt hat. [35]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 27. Juni 1867 in Sachen H. c. E.

38) Rechtliche Stellung des Depositärs. Derselbe darf seinen Bestellern keine andere Fabrikate liefern, als aus der Fabrik dessen, von dem er ein Depot zu haben behauptet.

Wer sich als den Depositaire einer Fabrik zu erkennen gibt und Waaren aus dieser seiner Niederlage zum Kaufe offerirt, ist gehalten, Fabrikate aus diesem und keinem andern Etablissement zu liefern. Diese Herkunft der den Vertragsgegenstand bildenden Waare ist eine wesentliche Eigenschaft derselben, deren Mangel den eingegan-

[34] Glück, Kommentar Bd. XVI, S. 981; Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II, S. 263.

[35] Seuffert, Pandekten Bd. II, §. 276; Windscheid, Pandekten Bd. II, §. 321 Note 6, 7; Brinkmann, Handelsrecht S. 265 ff.; Endemann, Handelsrecht S. 567 §. 77, 78; Seuffert, Archiv Bd. XIX, Nro. 132.

Digitized by Google

genen Vertrag hinfällig macht. So gewiß der unmittelbare Vertreter eines Fabrikgeschäftes Bestellungen, die ihm als solchem gemacht werden, nicht in Produkten anderer Fabriken ausführen darf, so gewiß trifft dieß auch bei dem Depositaire zu und es begründet keinen Unterschied, ob das Etablissement, dessen Produkte offerirt werden, ein renommirtes, oder ein im Allgemeinen oder wenigstens dem Käufer zur Zeit unbekanntes ist und ob die gelieferte Waare in Wirklichkeit gleich gut oder selbst besser ist als das Fabrikat der als Lieferantin bezeichneten Fabrik. Denn auch im letzteren Falle hat der Käufer schon wegen des künftig fortzusetzenden Verkehres und wegen des Verkehres mit seinen eigenen Kunden ein Interesse daran, die Quelle, aus der das Fabrikat herstammt, genau zu kennen, und es verstößt wider Treu und Glauben, die ihm sein Verkäufer schuldig ist, wenn der Käufer über eine Eigenschaft der Waare, die ein wesentliches Moment des abgeschlossenen Vertrages bildete, in einen Irrthum versetzt oder in einem solchen gelassen wird.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 17. September 1867.

39) Klage auf Preisminderung.

Was die wegen vertragswidriger Beschaffenheit der Waaren zu beanspruchende Minderung des Kaufpreises betrifft, so war es

1) nach dem vor Einführung des Handelsgesetzbuches geltenden Rechte und zwar nach dem gemeinen und dem Handelsrechte bestritten, ob beim Verkaufe von nur der Gattung nach bestimmten Waaren (wie namentlich bei Waarenbestellungen von Auswärts) der Käufer im Falle der Beanstandung der gelieferten Waaren nur zur Zurücknahme der geschehenen Lieferung oder auch dazu befugt sei, die gelieferte Waare anzunehmen und eine entsprechende Minderung des Kaufpreises zu verlangen.

2) Die Frage ist auch durch das Handelsgesetzbuch nicht ausdrücklich entschieden und sie ist daher auch seit

dessen Einführung eine bestrittene geblieben.[37] Das Oberhandelsgericht hat sich dafür ausgesprochen, daß für die Zeit nach Einführung des Handelsgesetzbuches der Ansicht der Vorzug zu geben sei, welche dem Käufer nur die Alternative gestattet, die Lieferung entweder als Erfüllung zu nehmen oder als Nichterfüllung abzulehnen.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 27. Juni 1867 in Sachen H. gegen E.

40) Ein Abmangel an dem fakturirten Ellenbetrag von nach dem Stücke zu liefernden Ellenwaaren berechtigt nicht zur Dispositionsstellung.

Die Gebr. W. in U. bestellten bei dem Reisenden der Gebr. H. in Aachen 4½ Stück Winterbukskin, die Brabanter Elle zu 2 fl. 55 kr., ohne Bestimmung einer Ellenzahl. Die bestellten 4½ Stücke wurden in der bedungenen Qualität und zu dem verabredeten Preise unter Berechnung einer Ellenzahl von 143½ Brabanter Ellen versandt. Bei der vorgenommenen Nachmessung ergab sich jedoch nur die Zahl von 140¼ Brabanter Ellen und es erklärten auf Grund dessen die Käufer Gebr. W., daß sie die ganze Sendung zur Disposition der Verkäufer stellen. Auf erhobene Klage der Gebr. H. wurden jedoch die Käufer zur Festhaltung des Kaufes und Bezahlung des nach der wirklich gelieferten Ellenzahl berechneten Kaufschillings verur-

[37] Für die Ansicht, daß der Käufer auch in Fällen der vorliegenden Art befugt sei, nach seiner Wahl die Waare zu behalten und Minderung des Kaufpreises zu verlangen, sprechen sich aus: Seuffert, Pandekten, 3. Aufl., Bd. II, §. 266, Note 19; Thöl, Handelsrecht, 4. Aufl., S. 492; Gad, Handbuch des Handelsrechtes §. 113; Goldschmidt, Zeitschrift Bd. III, S. 301; Busch, Archiv Bd. III, S. 311 u. 301. Der entgegengesetzten Ansicht, welche dem Käufer nur die Alternative gestattet, die Lieferung entweder als Erfüllung zu nehmen oder als Nichterfüllung abzulehnen, sind: Brinkmann, Handelsrecht S. 304; Endemann, Handelsrecht S. 570, Note 60; Windscheid, Pandekten Bd. II, §. 394, Ziff. 5.

Digitized by Google

theilt und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Oberhandelsgerichtes:

Die Beklagten sind nicht berechtigt, wegen des Abmangels weniger Ellen von der fakturirten Ellenzahl die Annahme der ganzen Sendung zu verweigern und solche den Verkäufern zur Disposition zu stellen. Die Lieferung der Waare, deren Preis nach dem Ellengehalt der gelieferten Stücke zu berechnen war, ist seiten der Kläger rechtzeitig in der bedungenen Qualität und zu dem für die Brabanter Elle verabredeten Preise erfolgt. Wenn nun auch in der Faktura der Kläger eine etwas größere Ellenzahl, als sich bei der späteren Nachmessung herausstellte, angegeben und der Berechnung des Betrages des Kaufpreises zu Grunde gelegt war, so konnte diese Differenz zwischen der Fakturaberechnung und der gelieferten Ellenzahl die Empfänger nur zu dem Verlangen der Richtigstellung der Preisberechnung nach dem wirklich gelieferten Quantum, nicht aber zur Zurückweisung der ganzen Sendung wegen nicht vertragsmäßiger Beschaffenheit derselben berechtigen.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 15. Oktober 1868 in Sachen Gebr. W. c. Gebr. H.

41) Platzgeschäft; Begriff desselben.

Die Behauptung, daß ein Kaufvertrag nicht als Platzgeschäft angesehen werden könne, wenn die Waare den Vertragsbedingungen zufolge von dem Orte des Kaufsabschlusses weg an einen anderen Ort transportirt werden müsse, ist nicht gegründet.

Unter den Begriff eines Platzhandels fällt jeder Kauf, bei dem sich die Kontrahenten und die Waare an demselben Orte befinden, wo der Handel abgeschlossen wird, zumal jeder Kauf, wo die Waare beim Handel vorliegt. [37]

[37] Thöl, Handelsrecht, 4. Aufl., §. 67 S. 415; Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechtes §. 71 Note 2 S. 285; O. Wächter, Handelsrecht S. 207.

Digitized by Google

Derselbe Ort ist auch, wenn nicht ausdrücklich etwas Anderes verabredet worden ist, der Erfüllungs- (Lieferungs-) Ort (Art. 324 Abs. 2 vergl. mit Art. 342 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches) und es ändert hieran der Umstand Nichts, wenn die Waare nach der getroffenen Abrede vorerst liegen zu bleiben hat [38] und nachher auf Kosten des Verkäufers an einen dritten Ort zu transportiren ist (Art. 245 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches). Es sind dieß vielmehr Nebenbestimmungen, welche die rechtliche Natur des eingegangenen Geschäftes nicht alteriren.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 5. Mai 1868 in Sachen F. Sch. in U. c. H. von O. und G. B. von B.

42) Geheime Mängel einer Waare.

Den wirklich nicht sofort entdeckbaren (geheimen) Mängeln einer Waare setzt der Handelsgebrauch nur diejenigen Mängel gleich, die ohne der Waare selbst, insbesondere deren Verpackung schädliche in's Einzelne gehende Untersuchung nicht gefunden werden können, so bei in Fässern und Kisten befindlichen Waaren, bei solchen, die in der Originalverpackung wieder veräußert zu werden pflegen, bei Tuch- und Leinwandballen u. s. w. [39]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 5. Mai 1868 in Sachen F. Sch. in U. c. H. von O. und Gen.

43) Einkaufs-Kommission. Propre-Geschäft. Verkauf im Falle des Verzuges des Käufers in der Uebernahme bestellter Werthpapiere.

(Zu Art. 376, 343 u. 354 des H.G.B.)

Nach Artikel 376 des Handelsgesetzbuches ist bei der Kommission zum Einkauf von Werthpapieren, welche einen Börsenpreis haben, der Kommissionär, wenn der Kommittent nichts Anderes bestimmt hat, befugt, die Papiere als

---

[38] Thöl, a. a. O. §. 81 S. 477.

[39] Konferenzprotokolle S. 647; Treitschke, Kaufkontrakt §. 94 S. 225.

Digitized by Google

Verkäufer selbst zu liefern. Diese Bestimmung gründet sich auf die kaufmännische vom Gesetzgeber getheilte Anschauung, daß die Kommission zum Einkauf derartiger Waaren zugleich eine eventuelle Offerte zum Eingehen eines Propre-Geschäftes an den Kommissionär enthalte und daß sie daher in ein solches übergehe, sobald der Kommissionär seinen Willen erklärt habe, die Waare selbst als Verkäufer zu liefern. Auf welche Weise der Kommissionär diesen Willen zu erklären habe, schreibt das Gesetz nicht vor. Es bestimmt nur, daß, wenn der Kommissionär nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung des Auftrags eine andere Person als Käufer namhaft mache, der Kommittent befugt sei, ihn selbst als Käufer in Anspruch zu nehmen. Man ist jedoch berechtigt, diese Bestimmung analog auch auf das Eintrittsrecht des Kommissionärs anzuwenden, weil derselbe dadurch, daß er eine andere Person nicht als Verkäufer nennt, genügend zu erkennen gibt, daß er den Kommittenten nicht an eine andere Person verweisen, daß er das Geschäft selbst machen wolle. [40]

Macht sodann der Kommissionär auf diese Weise von seinem Eintrittsrechte Gebrauch, so ist nach Art. 376 Satz 2 seine Verbindlichkeit, Rechenschaft über den Abschluß des Kaufes zu geben, auf den Nachweis beschränkt, daß bei dem berechneten Preise der Börsenpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrags eingehalten sei und ist als diese Zeit gerade derjenige Tag zu betrachten, an welchem der Kommissionär dem Kommittenten die Ausführung des Auftrags anzeigt, weil hiemit erst das Propre-Geschäft perfekt wird. [41]

Ist endlich der Kommittent in Abnahme der Papiere und Bezahlung des Kaufschillings dafür säumig und will der Kommissionär von seinem Rechte, die Papiere zu verkaufen, Gebrauch machen, so ist er eben, weil das Kom-

---

[40] Busch, Archiv Bd. VII, S. 302.
[41] Busch, Archiv Bd. IX, S. 231.

Digitized by Google

missionsgeschäft in ein Propre-Geschäft übergegangen ist, nicht verpflichtet, nach Art. 375 und 310 des Handelsgesetzbuches das Gericht um Vornahme des Verkaufs anzugehen, sondern berechtigt, sie nach Art. 354 und 343 ohne Weiteres öffentlich verkaufen zu lassen oder den Verkauf auch nicht öffentlich durch einen Handelsmäkler zum laufenden Preise zu bewirken.

Entscheidung des Handelsgerichtes Stuttgart vom 22. Dezember 1866 in Sachen W. gegen Gebr. B.

Ob bei einem solchen Verkaufe von mehreren Seiten oder nur vom späteren Käufer Angebote auf die Papiere gemacht werden, ist gleichgiltig, ebenso ob dieser Käufer in eigenem Namen oder im Auftrag des Verkäufers sein Angebot gemacht und abgeschlossen hat, da das Gesetz dem Ersatzberechtigten nicht verbietet, bei einem nach Art. 343 vorgenommenen Verkaufe selbst wieder als Käufer aufzutreten und von dem Zusammentreffen des Käufers und Verkäufers in Einer Person nicht die Rede sein kann, wenn ein Verkauf in Gemäßheit gesetzlicher Befugniß für Rechnung eines Dritten vorgenommen wird (vgl. Art. 354).*)

*) Die im Texte aufgestellte Ansicht wird nicht haltbar sein. Es handelt sich von dem Falle, wo der Verkäufer einer dem Käufer noch nicht übergebenen Waare wegen Verzuges des Käufers mit der Empfangnahme (Art. 343) oder mit der Zahlung des Kaufpreises (Art. 354) berechtigt ist, die Waare für Rechnung des Käufers zu verkaufen, also von einem Falle, wo der Verkäufer noch Eigenthümer der Waare ist. Diese ihm eigenthümlich zugehörige Waare ist der Verkäufer berechtigt, für Rechnung des Käufers zu verkaufen. Für Rechnung des Käufers heißt aber nicht „in dessen Namen", sondern nur so viel, daß der Käufer, für dessen Rechnung verkauft wird, einerseits die Gefahr des Kaufes, also insbesondere des Eingangs des Kaufpreises zu tragen hat, wie er andernfalls dem Verkäufer gegenüber Anspruch auf den gelösten Preis hat, während der Verkäufer seine Kaufschillingsforderung damit kompensiren kann. Dem dritten Käufer gegenüber ist aber lediglich der Verkäufer Kontrahent, er verkauft in eigenem Namen und nur für Rechnung des Käufers und kann daher niemals selbst Käufer sein, da er nicht sich selbst seine eigene Sache abkaufen kann

Digitized by Google

Der Giltigkeit des durch den Handelsmäkler abgeschlossenen Verkaufes steht ferner nicht entgegen, daß demselben die zu verkaufenden Papiere nicht zugestellt worden sind, weil dieß überhaupt bei durch Mäkler abzuschließenden Geschäften nicht nothwendig ist (Handelsgesetzbuch Art. 66 ff.).

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 11. Juli 1867 in Sachen W. gegen Gebr. B.

44) Von dem säumigen Verkäufer kann neben der Preisdifferenz der Ersatz weiteren Schadens nur im Falle seiner Unvermeidlichkeit verlangt werden.

(Zu Art. 355 u. 357 Schlußsatz des H.G.B.)

Die Kunstmühlebesitzer C. und G. P. in C. hatten neben Erstattung der Preisdifferenz statt Lieferung wegen Verzuges in einer Weizenlieferung aus Ungarn weitere Ersatzforderungen erhoben, 1) dafür, daß sie in täglicher Erwartung der Ankunft des bestellten Weizens sich nicht genügend anderweitig versehen haben, wodurch ihre Mühle während der Verzugsdauer theilweise stille gestanden sei.

Da nun jeder Centner Weizen zu den allgemeinen Betriebskosten der Mühle beitragen müsse, so seien sie durch die dem Beklagten zur Last fallende Nichtbeschäftigung ihrer Mühle um 30 kr. per nicht gelieferten Centner beschädigt. 2) Jeder Centner Weizen werfe außer der Preisdifferenz einen Fabrikationsgewinn für Arbeitsverdienst und Risiko ab. Auch dieser Gewinn sei ihnen aus dem nicht geliefer-

---

(vergl. Hahn, Kommentar Bd. II, S. 210–212). Eine andere Frage ist es, ob der Verkäufer anstatt des Weiterverkaufs berechtigt ist, die Waare für eigene Rechnung zu übernehmen oder zu behalten (vergl. Thöl, Handelsrecht 4. Aufl. §. 87, S. 519, 520, §. 87a S. 524), worüber das Handelsgesetzbuch keine Bestimmung enthält. Man wird die Frage bejahen dürfen (vergl. auch Hahn, a. a. O. S. 119 zu Art. 311), allein ein neuer Kaufvertrag liegt in diesem Falle überall nicht vor, der Verkäufer kauft nicht seine eigene Sache wieder von sich selbst, sondern er behält seine Sache (vergl. auch dieses Archiv Bd. VI, S. 184, 185, Note 77). (K.)

Digitized by Google

ten und darum nicht verarbeiteten Quantum durch die Schuld des Beklagten entgangen.

Mit diesen weiteren Forderungen wurden die Kläger aus folgendem Grunde abgewiesen:

Daß den Klägern nach dem Gesetze im Allgemeinen das Recht zusteht, neben der Preisdifferenz gegen den säumigen Verkäufer einen erweislichen höheren Schaden geltend zu machen, läßt sich Angesichts des Art. 357 Schlußsatz des Handelsgesetzbuches vergl. mit Art. 355 nicht bestreiten. Wenn sodann auch angenommen wird, daß für die Kläger bis zu Anstellung der Klage kein Grund zu der Annahme vorlag, daß der Beklagte überhaupt nicht liefern würde, daß sie vielmehr jeden Tag der Vertragserfüllung von seiner Seite gewärtig sein konnten, so durften sie es doch bei einem Geschäftsbetriebe, von dem Umfange wie der ihrige, zu einem förmlichen Geschäftsstillstand nicht kommen lassen, es lag ihnen vielmehr ob, dafür, daß der Betrieb ihrer Kunstmühle nicht nothleide, rechtzeitig zu sorgen, wozu die Gelegenheit zum mindesten jede Woche geboten war, und sie durften nicht zum Nachtheil des Beklagten, der ihnen jedenfalls für die auszulegenden höheren Preise aufzukommen hatte, dieß unterlassen, weil derselbe ihnen sonst einen weiteren Schaden zu vergüten hätte, den sie ihm durch zeitige Fürsorge, die sie auch ihm schuldeten, hätten ersparen können.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 29. April 1868 in Sachen C. R. in St. gegen Kunstmühlebesitzer L. und G. P in C.

45) Verkauf eines Handelsgeschäftes.

(Zu Art. 10, 22. 23 des H.G.B.)

Wenn es auch zweifelhaft ist, ob die Bestimmungen des Art. 23 des Handelsgesetzbuches, das Verbot der Veräußerung einer Firma als solcher betreffend, auch auf Handelsleute des Art. 10 des Handelsgesetzbuches formelle Anwendung findet, so müssen doch die, abgesehen von diesem speziellen Verbote, im Allgemeinen für die Frage maßgebenden Grundsätze, in welchem Falle ein Geschäft, als Ganzes

Digitized by Google

betrachtet, als durch Singularcession übergegangen angesehen werden kann, für sämmtliche kaufmännische Geschäfte materiell dieselben sein. Der ursprüngliche Antrag in der Kommission zu Berathung des Handelsgesetzbuches, die Uebertragung eines Handelsgeschäftes nur dann als erfolgt anzusehen, wenn Aktiven und Passiven mit überzugehen bestimmt sind, ist nun zwar nicht zum Gesetze erhoben worden, allein so viel ist gewiß, daß nie der Uebergang der Firma allein als Erwerbung des Geschäftes bezeichnet werden wollte, daß vielmehr, um dieß anzunehmen, die Uebertragung eines Vermögens-Komplexes vorausgesetzt wird, eines Komplexes von eigenen und fremden Werthen, mit einem Worte, die Uebertragung eines Geschäftes als Verkehrswesens und daß die Frage, wann derjenige Komplex von Vermögensobjekten, der den Gegenstand eines Vertrages bildet, als Handelsgeschäft bezeichnet werden kann, bei der großen Mannigfaltigkeit von besonderen Umständen, die für die Beurtheilung dieser Frage maßgebend sein können, in jedem einzelnen Falle dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichtes überlassen werden muß.[42]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 4. Juni 1867 in Sachen Sp. c. A. W.

46) Begriff eines gangbaren Handelsgeschäftes.

Unter einem „gangbaren" Geschäfte ist nicht ein solches zu verstehen, das sich mit gangbaren und leicht verkäuflichen Artikeln befaßt; sondern ein im Gang befindliches, mit entsprechender Kundschaft versehenes Geschäft, welches bei gehörigem Betriebe dem Inhaber ein zureichendes Auskommen gewährt.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 4. Juni 1867 in Sachen Sp. c. A. W.

---

[42] Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuche S. 72, 73; Auerbach, Handelsgesetzbuch S. 52, 53; Makower, Handelsgesetzbuch S. 33; Krämel, Handelsgesetzbuch S. 39; Endemann, Handelsrecht S. 86; Busch, Archiv Bd. I, S. 25 ff., Bd. IX, S. 465, Ziff. 6.

Digitized by Google

Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

A.

Ablösbarkeit der Schafübertriebsrechte 200, 206; Voraussetzungen der Ablösbarkeit von Leistungen für öffentliche Zwecke 243, 377; Anwendung auf die Leistung einer Holzabgabe seiten einer Gemeinde zur Pfarrbesoldung 243; Anwendung auf Leistungen für kirchliche Zwecke 377.

Abrechnung, kaufmännische, deren Natur und Einfluß auf die Beweislast 423.

Abwesende, Abschluß eines Handelsgeschäftes zwischen solchen; Widerruf eines Antrags durch den Telegraphen 429.

Agent, Begriff desselben 420; Schadenersatzklage gegen einen Geschäftsagenten wegen nicht erfüllten Vertrages 410.

Anerkennungsklagen der neuen württ. Civilprozeßordnung 1; Klagen auf Anerkennung eines dinglichen Rechtes 4, 9, 22; Klage auf Anerkennung persönlicher Verbindlichkeiten 2, 6; Klage auf Anerkennung der Legitimation zu einer Forderung 24; Klage auf Anerkennung eines Vertrages über die ehelichen Güterverhältnisse 383.

Aufforderung zur Geltendmachung von Rechten erfordert Berührung eines privatrechtlichen Anspruchs 408.

B.

Bedingung, fingirter Eintritt im Falle der Verhinderung des Eintritts durch den bedingt Verpflichteten 215.

Besetzung der Civilkammern der Kreisgerichtshöfe und des Obertribunals mit Schöffen bei Verhandlung und Entscheidung von Handelsstreitsachen, welche vor dem 1. Februar 1869 bei dem Civilsenate eines Kreisgerichtshofes oder des Obertribunals anhängig geworden sind 83.

Digitized by Google

Beweislaſt im Falle der Bereicherungsklage gegen einen Minderjährigen 390; Umfang der Befreiung der Frauensperſonen von der Beweislaſt bei der condictio indebiti 390; Beweislaſt bei vertragswidriger Beſchaffenheit gekaufter Waare im Falle erfolgter Diſpoſition über dieſelbe 439.

Bürgſchaft für eine künftige Schuld, Kündigungsbefugniß 240.

C.

Ceſſion eines Wechſels legitimirt zur Wechſelklage 156.

condictio indebiti, die Befreiung der Frauensperſonen von der Beweislaſt bezieht ſich nur auf die cond. indebiti soluti, nicht auf die cond. liberationis 390.

D.

Depoſitär, rechtliche Stellung deſſelben; derſelbe darf ſeinen Beſtellern keine anderen Fabrikate liefern, als aus der Fabrik deſſen, von dem er ein Depot zu haben behauptet 439.

Dienſtverträge Minderjähriger, Annahme eines generellen Konſenſes 45; Aufhebung des Dienſtvertrages eines Handlungsgehilfen wegen Mißbrauchs des Vertrauens 415; der Dienſtvertrag zwiſchen einer Maſchinenfabrik und deren Ingenieur iſt Handelsſache 422.

Diſeſſion eines Wechſels begreift nur die Unterſchrift, nicht den ſonſtigen Inhalt des Wechſels 175.

Diſpoſitionsſtellung, Recht hiezu wird durch einen Abmangel an dem fakturirten Ellenbetrage von nach dem Stücke zu liefernden Ellenwaaren nicht begründet 441.

Domizilirter Sichtwechſel, ohne benannten Domiziliaten, Feſtſtellung der Verfallzeit, Ort der Präſentation zur Zahlung 172; domizilirter Wechſel, Erforderniß der Proteſterhebung 174.

E.

Ehebruchskinder, Legitimation durch nachfolgende Ehe, Erbrecht 265.

Eheverlöbniß, die Braut, welche erſt nach deſſen Eingehung von einem früheren Unzuchtsvergehen ihres Verlobten Kenntniß erhält, iſt zum Rücktritt von dem Verlöbniſſe berechtigt 254; der Rücktritt von dem Eheverlöbniß bei entgegen ſtehendem Ehehinderniſſe der Altersungleichheit begründet keine Schadenerſatzpflicht 392.

Eigenthum an den von Privatperſonen in einem öffentlichen Fluſſe errichteten Anlagen 305; Uebergang des Eigenthums bei von einem Orte zum andern verſendeten Waaren 433.

Digitized by Google

Einkaufskommission, bei der Kommission zum Einkauf von Werthpapieren kann der Kommissionär selbst als Verkäufer die Papiere liefern; das Propregeschäft wird durch die Anzeige der Ausführung des Auftrags perfekt 443.
Einrede des nicht vollständig erfüllten Vertrages 437.
Erbrecht der unehelichen Kinder an den Vater 265; desgleichen der Ehebruchskinder 265.
Erbschaft, deren Verlust wegen Unwürdigkeit des Erben 292.
Erziehungsrecht der Eltern nach durch Scheidung getrennter Ehe 394.
Eventualtheilung, wenn die Kinder solche nach dem Tode der Mutter erlassen haben, können sie nachträglich die weiblichen Freiheiten nicht mehr anrufen 257.

F.

Fragestellung im schwurgerichtlichen Verfahren 321; Mitwirkung des Staatsanwalts und des Angeklagten 322.

G.

Genossenschaftsgesetzgebung 107.
Genossenschaften, Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften 109; gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb 110; sie sind eine neue Form kommerzieller Gesellschaften 117; keine juristische Personen 120; Möglichkeit eines Wechsels der Mitglieder 123; solidarische Haftpflicht 123; Ausnahmen 128; Einwendungen gegen die Solidarhaft 131; beschränkte Haftung 135.
Gemeinschuldner, Legitimation desselben zur Einklagung von zur Gantmasse gehörigen illiquiden Aktivposten 402; Rechtswohlthat der Kompetenz des Gemeinschuldners 403.
Gerichtsstand des Vertrages bei Viehgewährleistungsklagen 365.
Geschworene, Befähigung zum Dienste als solche 319.
Geschworenengerichte 315; Frage der Umgehung der Hauptverhandlung im Falle eines Geständnisses 319; Fragestellung 321; Mitwirkung des Staatsanwalts und des Angeklagten bei der Fragestellung 322; Resumé des Präsidenten 322; Frage der Stimmenmehrheit zu einem Schuldig 322; Verfahren bei Zweifeln der Geschworenen 323; Berichtigungsverfahren 324; Remedur eines offenbar unrichtigen Schuldigverdiktes 324; Berufung gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse bezüglich des Strafmaßes nach sächsischem Rechte 325.
Gesellschaft, auch die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften sind eine Art (kommerzieller) Gesellschaften 117.
Gesellschaftsvertrag, Kündigung wegen Unfleißes eines Gesellschafters 78.

Digitized by Google

Gewährleistung bei Hausthieren, Abänderung des Verfahrens durch die Civilprozeßordnung 364; Gerichtsstand des Vertrages 365; Beweiseinzug 369; Sachverständigenbeweis 371; Beweis zum ewigen Gedächtniß 373.

Glaube, guter kann auch bei unentschuldbarem Irrthum bestehen 218.

H.

Handelsbücher, Umfang der Verbindlichkeit zu ihrer Vorlegung 410.

Handelsgeschäft, Verkauf eines solchen 447; Begriff eines gangbaren Handelsgeschäftes 448.

Handelsgesellschaft, die einem Gesellschafter für seine Thätigkeit ausgesetzte jährliche Belohnung ist nicht als Salair zu betrachten 420.

Handelssache ist der Dienstvertrag zwischen einer Maschinenfabrik und deren Ingenieur 422.

Handelsstreitsachen sind von den ordentlichen Gerichten nur unter Zuziehung kaufmännischer Schöffen zu entscheiden 90.

Handlungsgehilfe, Aufhebung des Dienstverhältnisses wegen Mißbrauch des Vertrauens 415.

Handlungsreisender, berechtigen Handelsgeschäfte desselben für Rechnung eines Dritten zu seiner vorzeitigen Entlassung? 417; ein Handlungsreisender ist, so lange er sich nicht auf der Reise befindet, nicht verpflichtet, andere, als Komptoirarbeiten zu versehen 418.

Hauptverhandlung vor den Geschworenen, deren Umgehung im Falle eines Geständnisses 319.

Hauskinder, Wechselunfähigkeit; Einfluß der Volljährigkeit 345.

Holzabgabe einer Gemeinde zur Pfarrbesoldung, Ablösbarkeit 243.

J.

Jahrgebung, partielle als Unterstellung der ausnahmsweisen Verpflichtungsfähigkeit der Minderjährigen 30.

Indossament eines Wechsels in blanco; nachträgliche Ausfüllung durch den Indossanten 157; Indossament auf den Wechselbürgen 176; Indossament auf einer Abschrift des Wechsels 179.

Insolvenz des Schuldners begründet keine rechtliche Unmöglichkeit der Erfüllung 219.

K.

Kauf nach Probe, Beweislast bezüglich der Probemäßigkeit 383; auf bestimmtes Maß oder Gewicht 438.

Digitized by Google

Kinder, uneheliche, deren Erbrecht an den Vater 265; Ehebruchskinder, deren Erbrecht 265; deren Legitimation durch nachfolgende Ehe 265.

Kirchenbaulast, Bemessung der zu Kirchenbauzwecken verwendbaren Mittel des prinzipiell Baupflichtigen 251.

Klage auf Anerkennung 1; deren Nativität 18; Klage eines Forderungsprätendenten gegen den andern, daß ihm die Forderung zustehe 24; Klage auf Anerkennung einer Cession 24.

Klagerecht des Cessionars eines Wechsels 156; des Wechselbürgen als Indossatars 176; des Gemeinschuldners bezüglich der zur Gantmasse gehörigen illiquiden Aktivposten 402.

Kodizillarklausel, kann ein schriftliches Testament der Eltern zwischen Kindern, dem das rechte Datum nicht beigefügt ist, nicht giltig machen 231.

Kompensation, Einrede gegen eine Wechselforderung 188; Zusammentreffen mehrerer zur Kompensation geeigneten Forderungen in derselben Person 188; Erforderniß einer von dem Schuldner dem Gläubiger gemachten Erklärung, kompensiren zu wollen 223.

Kompetenz der Gerichte und Administrativbehörden bei Wasserrechtsstreitigkeiten 301; insbesondere bei Streitigkeiten der Anlieger eines öffentlichen Flusses über Wasserbauten zum Schutze ihres Eigenthums 301; deßgleichen bei einem Streit über Eigenthums- und Benützungsrecht eines in einem öffentlichen Flusse errichteten Wöhrs 304; Kompetenz bei Streitigkeiten über das Recht zur Vergebung einer Stiftung 305; öffentlich rechtliche Maßregeln der Verwaltungsbehörden können auch im Falle der Verletzung von Privatrechten vom Civilrichter nicht aufgehoben werden 308; der Civilrichter kann eine einstweilige Verfügung nicht treffen, wenn die privatrechtliche Natur des angesprochenen Rechtes bestritten und nicht mindestens bescheinigt ist 309; Kompetenz bezüglich der Aufhebung der über das Vermögen eines Verschollenen angeordneten Kuratel 406.

Kompetenz, Rechtswohlthat des Gemeinschuldners setzt die vorangegangene Verwendung des Vermögens des Gemeinschuldners zur Befriedigung der Gläubiger voraus 403.

Kopierbuch, Voraussetzungen für dessen Beweiskraft 409.

Kultbedürfnisse, die subsidiäre Verbindlichkeit zu deren Bestreitung wird durch den Besitz von kirchlichem Vermögen für sich nicht begründet 250.

Digitized by Google

L.

Laienelement, deſſen Mitwirkung in der Strafrechtspflege 316.
Legate, können dieſelben nach württ. Recht durch formloſe Willenserklärung widerrufen werden 282.
Legitimation der Ehebruchskinder durch nachfolgende Ehe 265.
Legitimation zur Wechſelklage durch Ceſſion des Wechſels 156; das Wechſelbürgen durch Indoſſament 176; der Ausſteller einer Tratte an die Ordre eines Dritten iſt als ſolcher zur Wechſelklage gegen den Acceptanten nicht legitimirt 161; Legitimation des Gemeinſchuldners zur Einklagung von zur Gantmaſſe gehörigen illiquiden Aktivpoſten 402; Streit über die Legitimation, Klage auf Anerkennung derſelben 24.
Liegenſchaftsgeſetz, Bezeichnung der Vertragsgegenſtände in der Vertragsurkunde 235; auf die reale Theilung gemeinſchaftlichen Eigenthums findet das Liegenſchaftsgeſetz keine Anwendung 236; Begriff der unter daſſelbe fallenden Nebenberedungen 238.
Loſungsrecht, Eintrag des bedungenen im Unterpfandsbuch 376.

M.

Mäklerlohn, Vorausſetzungen für den Anſpruch auf ſolchen 242.
Mängel, geheime, deren Begriff 443.
Mängelgewähr, Klage auf Preisminderung wegen vertragswidriger Beſchaffenheit von nur der Gattung nach beſtimmten Waaren findet nicht ſtatt 440.
Minderjährige können ſich regelmäßig nicht verpflichten 51; deren ausnahmsweiſe Verpflichtungsfähigkeit 29; beruht auf der Annahme partieller Jahrgebung 30; Veräußerungsverträge 35; Ausſchluß der Reſtitution 36; Umfang der Verpflichtung 37; Verhältniß zum elterlichen Nutznießungsrechte 39; Dienſtverträge Minderjähriger 45; Haftung derſelben im Falle der Bereicherung 388; Beweislaſt 390.

N.

Nachlaßvertrag, befreit ſolcher von einem Geſammtſchuldner geſchloſſen auch die übrigen Geſammtſchuldner? 224.
Nativität der Klagen, Verletzungstheorie 18.
Nichterfüllung einer Verbindlichkeit wegen Inſolvenz des Schuldners 219.
Nutznießungsrecht der Eltern bezüglich des Gewerbevermögens Minderjähriger 39.

O.

Offerte, wann iſt in dem Stillſchweigen zu einer Offerte die Annahme derſelben zu finden? 426; Acceptation der Offerte 430.

Digitized by Google

P.

Pfandgläubiger, dessen Eintritt in die Stelle eines andern auf dieselbe Sache versicherten Gläubigers setzt die vollständige Befriedigung des Gläubigers voraus 211.

Pfandrecht, Erlöschung durch Zahlung, künstlicher Beweis der Zahlung 213.

Pfleger, zu dessen giltiger Bestellung gehört dessen eidliche Verpflichtung 396; Ersatzpflicht des Pflegers im Falle des Verlustes der von ihm ausgeliehenen Gelder 400.

Platzgeschäft; Begriff desselben 442.

Provisorische Verfügung siehe Verfügung.

Provocatio ex lege diffamari setzt Verühmung eines privatrechtlichen Anspruchs voraus 408.

R.

Remittent, dessen Bezeichnung im Wechsel mittelst eines unrichtigen Titels 149.

S.

Schafübertriebsrechte, Begriff und Ablösbarkeit 200; Ablösung durch die Gemeinde, wenn die dienende Markung eine Gemeindmarkung ist 206.

Schöffengerichte in Strafsachen 315; günstige Erfahrungen in Sachsen 318; Zusammensetzung 326.

Schöffen, Befähigung zum Dienste als solche in Strafsachen 319; Umfang ihrer Thätigkeit und Mitwirkung in Strafsachen 326; deren Zuziehung in Handelsstreitsachen, welche vor dem 1. Februar 1869 bei dem Civilsenate eines Kreisgerichtshofes oder des Obertribunals anhängig geworden 83.

Schuldverjährung, Erlöschung eines Anspruchs auf wiederkehrende, nicht von einer Hauptforderung abhängende Leistungen 227; die kurze 3jährige Verjährung findet auf Forderungen für die Verpflegung einer in die Familie aufgenommenen Person keine Anwendung 232.

Servituten, Pflicht des Servitutenpflichtigen zur Wiederherstellung der zur Ausübung der Servitut dienenden Anstalten 375.

Sichtwechsel, domizilirter ohne benannten Domiziliaten, Feststellung der Verfallzeit, Ort der Präsentation zur Zahlung 172.

Stillschweigen zu einer Offerte, insbesondere zu der Zusendung unbestellter Waaren 426.

Strafprozeßgesetzgebung des Königreichs Sachsen, Vergleichung mit der neuen württ. Prozeßgesetzgebung 315.

Digitized by Google

T.

Testament, nach der IV. Form des Landrechtes, angefochten, weil es nicht von dem Notar selbst niedergeschrieben worden 275; Unschädlichkeit der Verletzung von Formen, welche nicht der Testator selbst zu beobachten hat 276, 280; schriftliches Elterntestament, dessen Richtigkeit wegen unrichtigen Zeitdatums 276.

Theilbarkeit der Häuser nach Stockwerken und Gelassen 329; Grundsätze des römischen Rechtes 334; deutsche Rechtsanschauungen 337; württ. Gewohnheitsrecht 342; die ältere württ. Gesetzgebung 346; die württ. Pfandgesetzgebung 356; Gebäude- und Primärkataster 359.

Theilung, reale gemeinschaftlichen Eigenthums ist kein Tauschvertrag 236; Theilung des Eigenthums einer deutschrechtlichen Realgemeinde und der einer solchen nachgebildeten Genossenschaft 384.

U.

Unzuchtsvergehen eines Verlobten, das erst nach Eingehung des Verlöbnisses zur Kenntniß des andern Verlobten kommt, begründet den Rücktritt von dem Verlöbniß 254.

V.

Verfügung einstweilige, kann der Civilrichter nicht treffen, wenn die privatrechtliche Natur des angesprochenen Rechtes bestritten und nicht mindestens bescheinigt ist 309.

Verjährung siehe auch Schuldjährung; unvordenkliche Verjährung 374.

Vermächtniß zu wohlthätigen Zwecken; Verfügungsrecht des Stiftungsrathes 290.

Verschollener, Kompetenz bezüglich der Aufhebung der über sein Vermögen angeordneten Kuratel 406.

Verträge Minderjähriger, Haftung derselben im Falle der Bereicherung 388; Beweislast 390.

Verzug des Käufers; Berechtigung des Verkäufers, die noch nicht übergebene Waare für Rechnung des Käufers zu verkaufen oder selbst zu übernehmen oder zu behalten 445.

Verzug des Verkäufers verpflichtet neben der Preisdifferenz zum Ersatz weiteren Schadens nur im Falle seiner Unvermeidlichkeit 446.

Volljährigkeit, Gesetz in Betreff der Herabsetzung des Alters derselben 28.

Digitized by Google

W.

Wechsel, Bezeichnung des Remittenten vermittelst eines unrichtigen Titels 149; muß nicht nothwendig auf Ordre gestellt sein 150; Bezeichnung der Verfallzeit ohne Beifügung der Jahreszahl 151; Bezeichnung der Verfallzeit „pr 6 cts" 155; Uebertragung durch Cession 156; Blankoindossament, nachträgliche Ausstellung durch den Indossanten 157; Klage auf Sicherstellung ohne vorangegangene außergerichtliche Aufforderung hiezu begründet keinen Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten 163; bei mehreren Wechselverpflichteten, die nicht alle für die ganze Summe haften, ist die Klage auf Sicherstellung nur bezüglich des unsicher gewordenen Theiles der Wechselsumme begründet 164; domizilirter Sichtwechsel, ohne benannten Domiziliaten, Ort der Präsentation zur Zahlung, Feststellung der Verfallzeit 172; domizilirter Wechsel, Erforderniß der Protesterhebung 174; Diskussion eines Wechsels ist es nicht, wenn bei Anerkenntniß der Unterschrift der sonstige Inhalt bestritten wird 175; Korrekturen und Rasuren auf einem Wechsel sind nach allgem. civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen 183; Präsentation zur Zahlung ist Bedingung des Eintritts des Verzuges und der Verbindlichkeit zur Zinszahlung 184; eigener Wechsel mit Accept des Ausstellers 186; Zusage auf sich abgeben zu lassen 187.

Wechselbürge, dessen Klagerecht als Indossatar 176.

Wechselexekution, wird dadurch, daß sich der Wechsel bei Untersuchungsakten als Beweisstück befindet, nicht gehindert 167; die Uebergabe des Wechselbetrages an die Exekutionsbehörde befreit den Schuldner nicht, wenn die übergebene Summe nicht in die Hände des Gläubigers gelangt 192.

Wechselfähigkeit der Hauskinder 145.

Wechselklage, Legitimation durch Cession des Wechsels 156; Legitimation des Wechselbürgen durch Indossament 176; der Aussteller einer Tratte an die Ordre eines Dritten ist als solcher zur Wechselklage gegen den Acceptanten nicht legitimirt 161; Klage auf Sicherstellung 163, 164.

Wechselprotest, Erhebung des Sicherheitsprotestes im Falle der Konkurseröffnung gegen den Nachlaß des Wechselschuldners in dessen früherer Wohnung 166; Erforderniß beim domizilirten Wechsel ohne benannten Domiziliaten 174.

Wechselzahlung, wird nicht schon durch Uebergabe der Wechselsumme an die Exekutionsbehörde bewirkt 192; der Wechselschuldner ist zur Uebersendung oder Ueberbringung der Wechselsumme nicht verpflichtet 184.

Digitized by Google

Weibliche Freiheiten, deren Anrufung seiten der Kinder ist ausgeschlossen, wenn sie nach dem Tode der Mutter eine Eventualtheilung erlassen haben 257; in der Unterlassung der Eventualtheilung auf Absterben des Ehemanns liegt ein Verzicht der Wittwe auf die weiblichen Freiheiten 395.

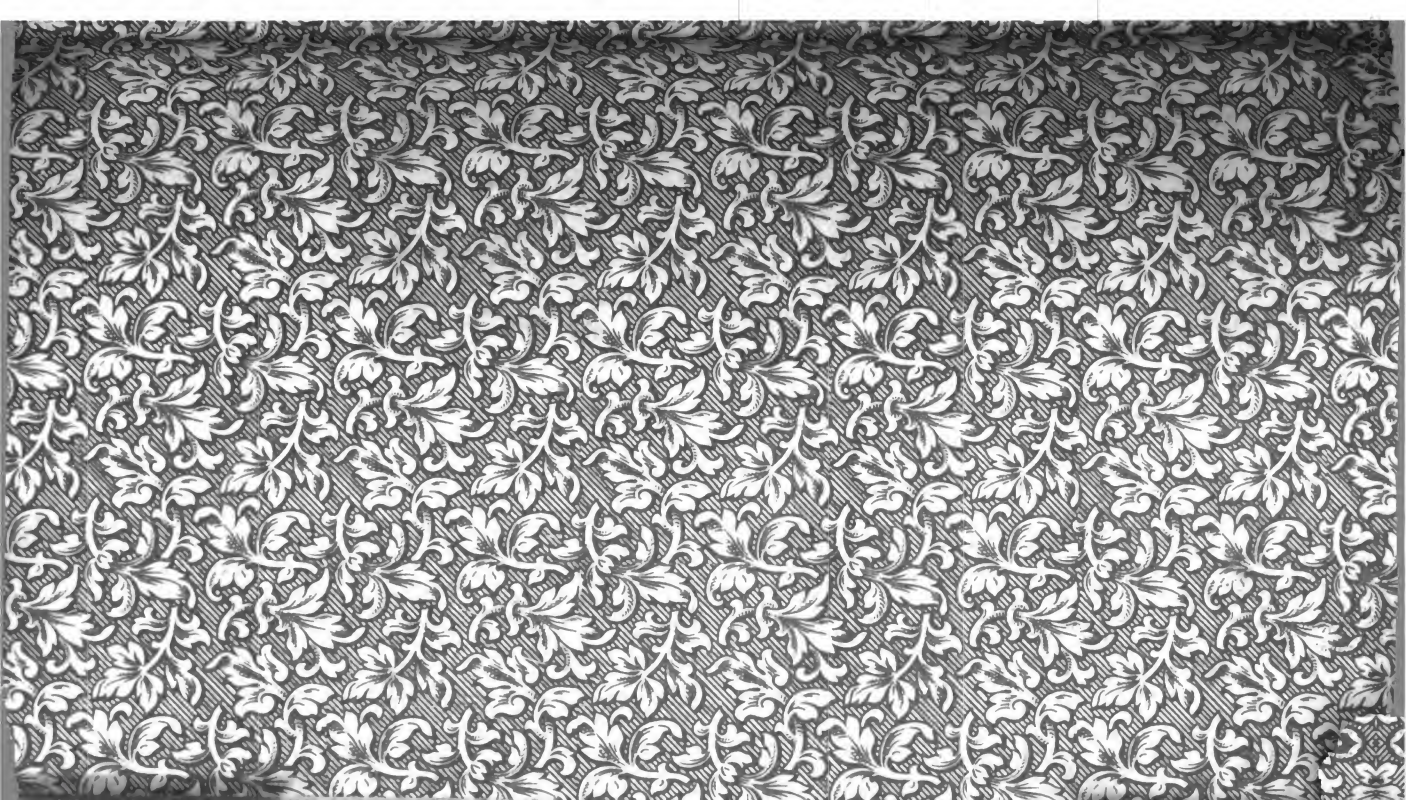
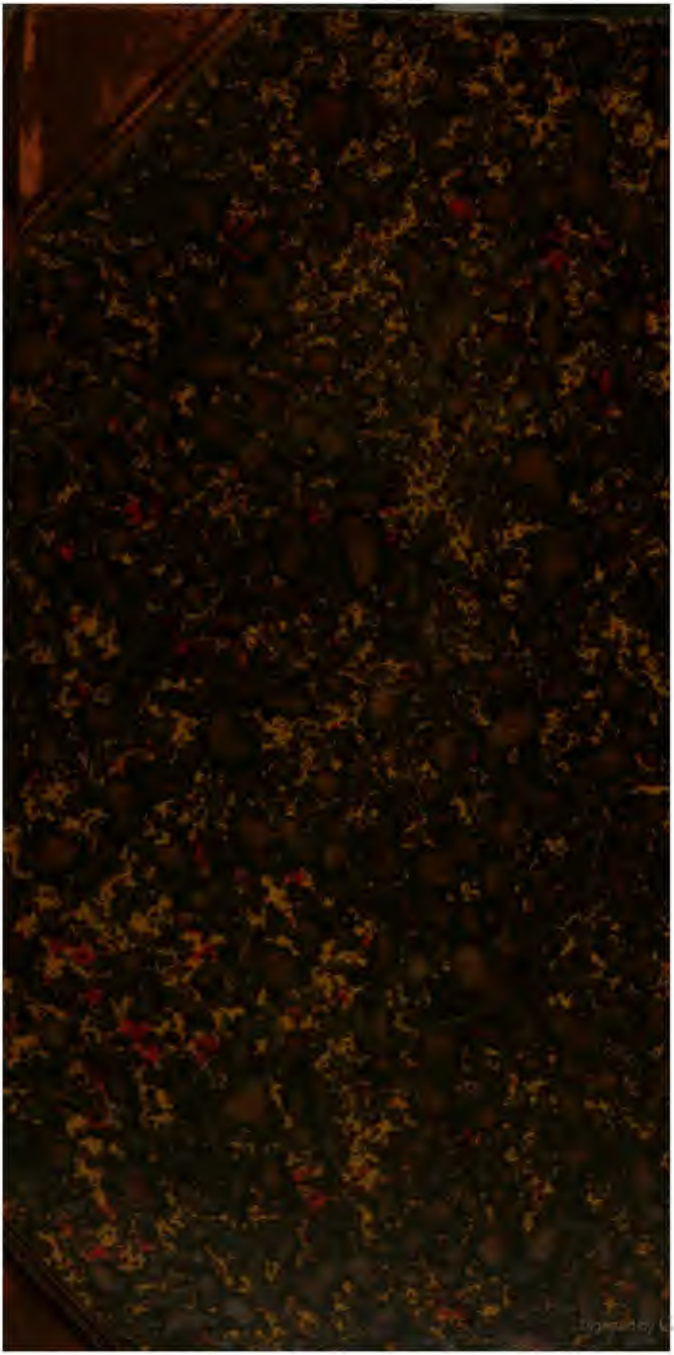
Z.

Zahlung einer verzinslichen Geldschuld vor der Verfallzeit 52; Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme 58; Zahlung zur ungelegenen Zeit 68; bis zu welchem Zeitpunkte sind die Zinse zu bezahlen? 53, 62, 74; Zahlung einer unverzinslichen Geldschuld vor Verfall; regelmäßige Unzuläßigkeit des Abzugs des Interusuriums 69; ausnahmsweise Zuläßigkeit im Falle einer gezwungenen Zahlung vor der Verfallzeit 73; sind im Falle der Zahlung unverzinsliche Zieler vor der Verfallzeit im Gante des Schuldners Zwischenzinse abzuziehen? 219; die Uebergabe der schuldigen Summe an die Exekutionsbehörde bewirkt noch keine Zahlung 192; Zahlung einer Waarenschuld durch Ueberlassung einer Rimesse 194.

Zeitbestimmung für die Erfüllung einer Verbindlichkeit ist im Zweifel als im Interesse des Schuldners beigefügt zu betrachten 57.

Zeugen, Gemeinderathsmitglieder sind in Prozessen ihrer Gemeinden unzuläßige Zeugen 312.

Zielerschulden, verzinsliche, Zahlung vor Verfall 60.

Ex A. G. P.
3/6/05.

Digitized by Google